Der Begriff der Verfügung
im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung

der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

am Sonnabend, den 23. Mai 1903, Vormittags $11^1/_4$ Uhr

in der Aula Leopoldina der Universität

öffentlich verteidigen wird

Erich Schulz,

Referendar bei der Kgl. Staatsanwaltschaft in Breslau.

Opponenten:

Herr Referendar Arthur Gärtner, Herr Referendar Dr. Kurt Rawitscher.

BRESLAU, 1903.

Druck von Th. Schatzky, Neue Graupenstrasse No. 5.

Meinem lieben Vater

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 7

§ 1. I. Begrenzung des Themas 9

§ 2. II. Die im B. G.-B. als Verfügung bezeichneten Handlungen . . 11

III. Die Verfügung als Rechtsgeschäft:

A. Negative Folgerungen 12

§ 3. Tatsächliche Verfügungen 12

§ 4. Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgen 19

§ 5. Rechtshandlungen 25

§ 6. B. Positive Folgerungen 25

§ 7. IV. Die Verwendung des Begriffes Verfügung im ersten Entwurfe zum B. G.-B. 29

V. Die Eigenart der rechtsgeschäftlichen Verfügung:

§ 8. A. Gegenstand der Verfügung 33

§ 9. B. Die Befugnis zur Verfügung 36

§ 10. C. Wirkungen der Verfügung 39

§ 11. Fortsetzung. 44

§ 12. D. Nichtverfügungen 48

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0137

Einleitung.

Zu den Vorzügen des B. G.-B. gehört ein deutlich erkennbares Bestreben nach einer vollendeten Begriffstechnik. Klare, meist gefällige und überwiegend der Muttersprache entnommene Ausdrücke sind die Bausteine seines Systems. Aber die Schärfe des Ausdrucks erschliesst nicht immer die Tragweite des zum Ausdruck gelangten Begriffes. Dem gegenüber verhält sich das B. G.-B. so, dass es teils selbst die ausdrückliche Feststellung eines Begriffes trifft, teils sie der Wissenschaft überlässt. Im ersteren Falle benutzt es entweder, obwohl im allgemeinen Definitionen abhold, die Form einer solchen unmittelbar — so wird in § 516 der Begriff der Schenkung erläutert — oder es führt nach Darstellung des gesetzlichen Tatbestandes in Parenthese den technischen Ausdruck an — so wird in § 779 der Begriff des Vergleiches erklärt. Im anderen Falle bleibt es terminologischen Untersuchungen vorbehalten, aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmungen heraus den Begriff eines Gesetzeswortes zu ermitteln. Damit lässt das B. G.-B. sowohl den Streit um manchen alten Rechtsbegriff, beispielsweise um den des „Rechtsgeschäfts“ fortdauern, als es auch Anlass zu Meinungsverschiedenheiten über neue von ihm zu technischer Bedeutung geprägte Begriffe bietet. Letzteres gilt von dem Begriffe der „Verfügung“.

§ 1.

I. Begrenzung des Themas.

Die Worte „Verfügung" und „verfügen" kehren in allen Teilen des B. G.-B. wieder.

Zwei Gruppen von Verfügungen werden aus der folgenden Untersuchung ausgeschieden, eine Kategorie privatrechtlicher und eine öffentlich-rechtlicher Akte. Es sind die Rechtsgeschäfte von Todeswegen und die behördlichen, mit Verfügung bezeichneten Rechtsakte.

Für die Rechtsgeschäfte von Todeswegen hat das B. G.-B. die Bezeichnungen Verfügung von Todeswegen, z. B. §§ 83, 332, 1598, 2301, und letztwillige Verfügung, z. B. §§ 1369, 1509, 1777, 1969. Unter letzterer versteht es nur die einseitigen, frei widerruflichen Verfügungen des Erblassers und gebraucht den Ausdruck, wie aus § 2085 zu entnehmen ist, sowohl für Testament als auch für die einzelnen in einem Testamente enthaltenen Verfügungen; Verfügung von Todeswegen ist dagegen der allgemeine Ausdruck für alle Rechtsgeschäfte von Todeswegen, für einseitige letztwillige Verfügungen wie für Erbverträge (§§ 1937, 2302). Ebenso allgemein wie Verfügung von Todeswegen ist der Ausdruck des § 2360 „Verfügung, auf der das Erbrecht beruht".

Zu der zweiten, in den Rahmen der Abhandlung nicht fallenden Gruppe von Verfügungen gehören die „gerichtliche Verfügung" des § 186, die „einstweilige Verfügung" der §§ 489, 885, 899 Abs. 2, 1716, 1990, 2016 und die „Verfügung der Staatsgewalt" im § 1723 Abs. 1.

Vereinzelt finden sich die Worte „Verfügung", „verfügen" ohne weiteren Zusatz in dem Sinne einer der beiden Gruppen. In diesem Falle ergiebt der Zusammenhang die

Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Kategorie. Nach dieser Richtung kommen für die Rechtsgeschäfte von Todeswegen beispielsweise in Betracht die §§ 2085, 2094 Abs. 2, 2253 — z. T. infolge der im B. G.-B. beliebten Verweisungen wie in § 1516 — für die Verfügung von Todeswegen der Ausdruck „vertragsmässige Verfügung" in §§ 2290, 2291 u. a. Im Sinne einer obrigkeitlichen Verfügung stehen die zusatzfreien Ausdrücke „verfügen" in § 802 und „Verfügung" in § 1871 Abs. 3.

Der Ausdruck „verfügbar" in §§ 1579 Abs. 1 und 1603 Abs. 2 hat keine technische, sondern die im Sprachgebrauch des Lebens übliche Bedeutung.

Die Arbeit erstreckt sich mithin nur auf die Prüfung des Begriffes Verfügung, soweit er in den nachgenannten Fällen im B. G.-B. Verwendung findet.

Verfügung[1]): §§ 110, 135, 137, 161, 184 Abs. 2, 185, 353, 487 Abs. 2, 499, 573, 793, 797, 816, 878, 883 Abs. 2, 892 Abs. 1, 893, 1074, 1126, 1165, 1189, 1282 Abs. 2, 1361 Abs. 1, 1377 Abs. 1, 1392 Abs. 2, 1395, 1444, 1445, 1446, 1448 Abs. 1, 1644, 1819, 1820 Abs. 1, 1821 Z. 1, 1822 Z. 1, 1824, 1959 Abs. 2, 2113, 2114, 2115, 2120, 2137, 2140, 2206, 2217 Abs. 1, 2363 Abs. 1, 2367, 2375 Abs. 1, E.-G. Art. 111.

Verfügen: §§ 137, 161, 499, 588, 719, 747, 1048, 1124, 1375, 1376 Z. 1, 1380, 1396, 1398, 1407 Z. 3, 1442 Abs. 1, 1443, 1449, 1812, 1815, 1816, 1959, 1984, 2033 2040, 2112, 2116 Abs. 2, 2117, 2118, 2129 Abs. 1, 2138 Abs. 2, 2205, 2211, 2286. E.-G. Art. 7, 11, 50, 97.

Verfügender: § 185 Abs. 2.

Verfügungsbeschränkung: § 894 und E.-G. Art. 168.

---

[1]) O. Gradenwitz, Wörterverzeichnis zum B. G.-B. (Berlin 1902) führt bei den Worten „verfügen", „Verfügender", und „Verfügung" auch diejenigen Gesetzesstellen an, die der oben angegebenen Begrenzung des Themas zufolge für vorliegende Untersuchung nicht in Betracht kommen, so z. B bei „verfügen" § 802, wo es sich um Verfügung des Aufgebotsrichters handelt, bei „Verfügender" E.-G. Art. 44 und bei „Verfügung" § 83 B. G.-B., wo von letztwilliger Verfügung bezw. Verfügung von Todeswegen die Rede ist. Die Aufzählung bei Planck B. G-B. Band 1 S. 148, in welcher die hier in Frage kommenden Fälle zusammengestellt sind, ermangelt der Vollständigkeit, indem u. a. die §§ 1444 und 2140 fehlen.

§ 2.

II. Die im B. G.-B. als Verfügung bezeichneten Handlungen.

Den nächsten Anhalt zur Erkenntnis dessen, was das B. G.-B. unter Verfügung begreift, bietet eine Zusammenstellung derjenigen Akte, die das Gesetz selbst bald direkt, bald versteckt hier und da ausdrücklich als Verfügungen bezeichnet.

Hiernach sind Verfügungen: Bewirkung der geschuldeten Leistung, Erfüllung eines Vertrages §§ 110, 1644, 1824. Dies ergiebt die Hervorhebung der „freien Verfügung“[1]). Sie steht als Gegensatz zu der speziell gedachten Verfügung, der Leistung. Weitere Belegstellen liefern die §§ 362 Abs. 2 mit 185 und §§ 1377 mit 1376 Z. 3. Da Leistung Verfügung ist, so folgt aus § 812 Abs. 2 gleichzeitig, dass auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses Verfügung ist.

Veräusserung und Belastung §§ 353, 2375.

Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte, Uebertragung und Belastung eines solchen Rechtes §§ 878 mit 873.

Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke §§ 878 mit 875; insbesondere erwähnt § 1165 den Verzicht auf die Hypothek und Aufhebung einer solchen durch Rechtsgeschäft.

Aenderungen des Inhalts eines Rechts an einem Grundstücke §§ 878 mit 877.

Einräumung des Vorranges einer Hypothek vor einer andern § 1165.

Einziehung einer Forderung, des Miet- und Pachtzinses, einer Hypothekenforderung, Grundschuld, Rentenschuld §§ 1074, 1124, 2114, 1282.

---

[1]) Auch in der Wendung „freie Verfügung“ steht das Wort Verfügung im technischen Sinne. Vgl. Planck zu § 110 B. G.-B. A. M. Riess: Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten. Dissertation (Breslau 1902) S. 12 Anm. 3.

Kündigung einer Forderung §§ 1074, 2114.
Uebertragung einer Forderung § 1124.
Aufrechnung §§ 1377 mit 1376 Z. 2.
Annahme einer geschuldeten Leistung §§ 1813 mit 1812.

III. Die Verfügung als Rechtsgeschäft.

Ein Blick auf die in § 2 gegebene Aufzählung lässt erkennen, dass es sich in allen Fällen, in denen das Gesetz von Verfügungen ausdrücklich spricht, um Privatwillenserklärungen, um Rechtsgeschäfte handelt. Hin und wieder findet die Tatsache, dass Verfügungen Rechtsgeschäfte sind, unmittelbaren Ausdruck z B. in § 135 „rechtsgeschäftliche Verfügung", in §§ 893, 2367 „Rechtsgeschäft, das eine Verfügung über das Recht enthält"; vgl. auch § 1643 in Verbindung mit §§ 1821 und 1822.

Diese Feststellung führt:

A. zu gewissen negativen Folgerungen (§§ 3—5),
B. zu gewissen positiven Folgerungen (§ 6).

A. Negative Folgerungen.

§ 3.

Tatsächliche Verfügungen.

Das B. G.-B. fasst unter Verfügung nur das rechtliche, nicht das tatsächliche Verfügen. Die Redewendung „tatsächliche Verfügung" findet sich im E.-G. zum B. G.-B. Art. 111. Das B. G.-B. selbst kennt diesen Ausdruck nicht. Anders der Entwurf I zum B. G.-B., z. B. § 1294, S. 2 und 3, wo es heisst:

> Der Ehemann kann jedoch diejenigen verbrauchbaren Sachen, welche durch Verbrauch genutzt zu werden pflegen, verbrauchen und in eigenem Namen veräussern. Im Falle einer solchen tatsächlichen oder rechtlichen Verfügung . . . . .

Ebenso markiert § 763 S. 2 u. 3 ebenda den Gegensatz zwischen rechtlichem Verfügen und tatsächlichem Einwirken auf die Sache:

> Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen kann nur von allen Teilhabern gemeinschaftlich verfügt werden. Das letztere gilt auch von einer tatsächlichen Veränderung eines Gegenstandes.

Natürlich fehlt es auch nach Weglassung des Ausdrucks tatsächliche Verfügung im B. G.-B. nicht an der Erwähnung faktischer Dispositionsakte. Als solche sind z. B. das Zerstören, Beschädigen, Beiseiteschaffen, Ausbessern, Erneuern, Verbrauchen in §§ 228, 1041, 2288, 1377 Abs. 3, 2375 aufzufassen.

In der Litteratur ist die Ansicht vertreten, dass Verfügung nicht überall, wo es im B. G.-B. vorkommt, im Sinne einer rechtlichen Verfügung zu nehmen ist, sondern darunter auch das Verfügen über die Materie, das tatsächliche Verfügen, begriffen wird.

Namentlich hat Jastrow[1]) diese Meinung verfochten, indem er folgendermassen argumentiert:

§ 1048 S. 1 B. G.-B.:

> Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauchs, so kann der Niessbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen,

bilde eine Ausnahme zu § 1037. Während an letztgedachter Stelle grundsätzlich dem Niessbraucher die Befugnis zu tatsächlichen Substanzveränderungen, das Recht, „die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern", entzogen sei, werde sie ihm durch § 1048 in gewissem Umfange zugestanden. In § 1048 habe also die Verfügung die Bedeutung tatsächlichen Disponierens. Nach § 1378 sei die Vorschrift des § 1048 auf das ehemännliche Nutzungsrecht am Frauenvermögen anwendbar. § 1378 enthalte aber mit §§ 1076 und 1077 die Ausnahme

---

[1]) Jastrow, Zeitschrift für deutschen Civilprozess Band 25, S. 132; Staudinger, Kommentar zum B. G.-B. (München 1898) Anm. 4 zu § 1375 B. G.-B.

zu dem im § 1375 aufgestellten Prinzip, dass der Ehemann nicht berechtigt ist, ohne Zustimmung der Frau über das eingebrachte Gut zu verfügen. Mithin falle unter den Begriff der Verfügung in § 1375 auch das tatsächliche Verfügen. Das ergebe ausserdem die Fassung des § 1377 Abs. 3 S. 1:

> Andere verbrauchbare Sachen darf der Mann auch für sich veräussern oder verbrauchen.

Die Worte „oder verbrauchen" besagen, dass ohne sie in § 1375 das Verbot des Verbrauchens enthalten sei m. a. W., dass in § 1375 mit dem Begriff verfügen auch das Verbrauchen, also das faktische Verfügen, betroffen werde.

Ferner nötigen, so geht Jastrows Beweisführung weiter, auch die Konsequenzen, die aus der gegenteiligen Meinung folgen, zur Ablehnung derselben. Spreche § 1375 nur von einem rechtlichen Verfügen, stehe dem Mann die Befugnis zu Substanzveränderungen ohne Zustimmung der Frau zu, so könne diese zwar verhindern, dass auch nur ein Stuhl ihrer Ausstattung verkauft werde, nicht aber, dass die sämtlichen Möbel eines Zimmers zerschlagen und in den Ofen gesteckt werden. Hiergegen würden ihr die Massnahmen auf Grund der §§ 1391, 1394 und 1418 Z. 1 wegen Besorgnis erheblicher Gefährdung nicht immer einen ausreichenden Schutz gewähren. Sei die Frau z. B. reich begütert, so würde sie abgewiesen werden, weil in Anbetracht dessen, dass der Wert der zerstörten Möbel zur Grösse des eingebrachten Gutes in keinem Verhältnis stehe, die drohende Gefahr nicht als erheblich angesehen werden könne. Holze der Ehemann den seiner Ehefrau gehörigen Park ab, um ihn in eine Baustelle umzuwandeln, so werde die Frau mit ihrem Vorbringen, sie sei dadurch gefährdet, dass sie ihres Parkes beraubt werde, nicht gehört. Denn ihr Mann sei zur Sachumgestaltung an sich befugt und handele überdies als ordentlicher Wirt, der auf Vermögensvermehrung ausgehe.

Schliesslich widerstreitet nach Jastrows Ansicht die Annahme, dass der Ehemann nur in der Befugnis zu rechtlichen, nicht aber zu tatsächlichen Verfügungen beschränkt sei, den auf Erweiterung der Frauenrechte gegenüber früherem Rechte gerichteten Tendenzen des B. G.-B. Schon das

preussische Recht Allg. L.-R. § 231, II, 1 und das sächsische B. G.-B. § 1665, im Anschluss an welche das gesetzliche eheliche Güterrecht des B. G.-B. entstanden sei, erkennen ein Recht des Ehemanns zur Substanzveränderung nicht an.

Dem ist folgendes entgegen zu halten.

Wenn Jastrow in § 1048 unter Verfügen nicht nur das rechtliche, sondern auch das tatsächliche Verfügen versteht, so findet seine Auffassung eine Unterstützung in den Motiven zu dem Entwurfe des B. G.-B. Bd. III, S. 512. Dort heisst es mit Bezug auf § 1000 Entw. I, der dem § 1048 B. G.-B. entspricht und wie dieser das Wort Verfügen ohne weiteren Zusatz verwendet, ausdrücklich, dass der Niessbraucher — unter den im Entwurf bezw. Gesetz angegebenen Voraussetzungen — tatsächlich und rechtlich verfügen könne. Diese Ausführung der Motive steht aber zu dem in Band I S. 128 daselbst aufgestellten Grundsatz in Widerspruch:

> Unter Verfügen versteht der Entwurf, soweit nicht eine nähere Erläuterung beigefügt ist, rechtliches Verfügen.

Bei diesen sich widersprechenden Ausführungen der Motive erscheint es angebracht, die in Band I ausgesprochene Bemerkung für massgebend zu erachten und in der fraglichen Bemerkung zu § 1000 bezw. 1048 einen Irrtum des Redaktors zu erblicken. Vor dieser Annahme braucht man nicht zurückzuscheuen, wenn man in Erwägung zieht, dass die Motive nicht aus einem Gusse entstanden sind, sondern unter Zugrundelegung der Beratungsprotokolle und der Motive zu den Teilentwürfen von Hilfsarbeitern ohne Genehmigung oder Nachprüfung der Gesamtkommission verfasst wurden. Ausserdem hebt der Entwurf, wenn es ihm auf die Erwähnung von Verfügungen faktischer Natur ankommt, diese stets, entsprechend dem im 1. Bande der Motive zum Ausdruck gelangten Prinzip, als solche hervor, vgl. §§ 763, 1294.

Aus dem gleichen Grunde steht in § 1365 Verfügung nicht in dem Sinne von tatsächlicher Verfügung. Ueberdies ergiebt sich diese Tatsache auch aus dem entsprechenden § 1319 des Entw. I. Er spricht nur von Rechtsgeschäften. Dazu kommt folgendes: Umfasste in § 1375 B. G.-B. der Be-

griff Verfügung auch tatsächliche Verfügungen, so müsste gleichermassen in § 1395, der die Verfügungsbeschränkung der Frau enthält, das Wort Verfügung die tatsächliche Verfügung in sich schliessen. Dass dieses aber nicht der Fall ist, zeigt die Geschichte dieses Paragraphen. Der ihm analoge § 1300 Entw. I enthält in Satz 1 die Bestimmung:

> Ein Rechtsgeschäft der Ehefrau unter Lebenden, durch welches ein Ehegutsrecht übertragen oder aufgehoben oder eine Ehegutssache oder ein Ehegutsrecht belastet wird, ist nur dann wirksam, wenn der Ehemann in die Vornahme des Rechtsgeschäfts eingewilligt hat.

Später hat diese Vorschrift die knappe Fassung des § 1395:

> Die Frau bedarf zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes,

erhalten, ohne dass damit, wie in den Protokollen Band IV, S. 180, besonders hervorgehoben ist, eine sachliche Aenderung beabsichtigt war. Die Folgerung, die Jastrow aus den Worten „oder verbrauchen" in § 1377 Abs. 3 zieht, ist als berechtigt nicht anzuerkennen. Die blosse Gegenüberstellung einer rechtlichen Verfügungsart, des Veräusserns, mit einer tatsächlichen Verfügungsform, dem Verbrauchen, führt nicht mit zwingender Notwendigkeit zu dem Schlusse, dass beide gerade unter den gemeinsamen Begriff von Verfügung im technischen Sinne fallen. Das B. G.-B. zeigt im Gegenteil an anderer Stelle ganz augenfällig gerade, dass Verbrauchen nicht Verfügung in dem von ihm gewollten Sinne ist. § 2375 Abs. 1 lautet:

> Hat der Verkäufer vor dem Verkauf einen Erbschaftsgegenstand verbraucht, unentgeltlich veräussert oder unentgeltlich belastet, so ist er verpflichtet, dem Käufer den Wert des verbrauchten oder veräusserten Gegenstandes, im Falle der Belastung die Wertminderung zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Käufer den Verbrauch oder die unentgeltliche Verfügung bei dem Abschliessen des Kaufes kennt.

Hier sind Verbrauch und unentgeltliche Verfügung gegenüber gestellt. Das gegensätzliche Moment liegt nicht in der

Unentgeltlichkeit der an zweiter Stelle genannten Massnahme des Verkäufers im Vergleich zur ersten; denn wäre das der Fall, so müsste zum Wesen des Verbrauches die Entgeltlichkeit gehören. Die Gegenüberstellung von Verbrauch und unentgeltlicher Verfügung beruht vielmehr auf dem Gegensatz der Begriffe Verbrauch und Verfügung. Fiele das Verbrauchen von Sachen, das tatsächliche Verfügen, mit unter den terminus Verfügung im technischen Sinne, dann hätte es in Satz 2 des § 2375 nicht der besonderen Erwähnung der beiden bedurft. Es hätte vielmehr, wie bei der vom B. G.-B. beliebten Kürze mit Sicherheit behauptet werden darf, Satz 2 einfach dahin gelautet: Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Käufer diese Verfügungen bei dem Abschlusse des Kaufes kennt.

Auch die von Jastrow geltend gemachten sachlichen Gründe rechtfertigen nicht, dass der Ausdruck Verfügen in § 1375 das tatsächliche Verfügen mittreffe. Die Befugnis des Mannes zu tatsächlichen Verfügungen ist ein Ausfluss seines Verwaltungsrechtes[1]). Im Interesse einer zweckentsprechenden

---

[1]) Für die Gütergemeinschaft hatte der Entwurf I dies in § 1352 unmittelbar zum Ausdruck gebracht:

> Das Gesamtgut unterliegt der Verwaltung des Ehemannes; der Ehemann ist berechtigt, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, über die zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände tatsächlich wie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen . . . .

Hiernach ist Verwaltung der gemeinschaftlich übergeordnete Begriff von tatsächlichem und rechtlichem Verfügen Wer verwaltungsberechtigt ist, ist auch befugt, soweit es eine ordnungsgemässe Verwaltung erfordert, über die seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände rechtlich wie tatsächlich zu verfügen. A. M. Planck Anm. 2 zu § 1375 und Anm. 8 vor 1373.

Hinsichtlich der faktischen Verfügung ist dies zweifellos; deshalb hat auch das B. G.-B. in § 1443, der dem § 1352 Entwurf I entspricht, die besondere Erwähnung der tatsächlichen Verfügung unterlassen. Dass aber auch die Befugnis zu rechtlichen Verfügungen ein Bestandteil der Verwaltungsbefugnis ist, zeigt ausser § 1443 B. G.-B. (vgl. das Wort „insbesondere“) auch § 2205:

> Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen . . . .

Verwaltung muss ihm die Befugnis zugestanden werden, nach seinem freien Ermessen ohne Zustimmung der Frau tatsächliche Verfügungen über das eingebrachte Gut treffen zu können. Wird sein Recht hierzu von der Zustimmung der Frau abhängig gemacht, so bleibt er nichtsdestoweniger in der Lage, jederzeit gegen den Willen seiner Frau tatsächlich über ihr Vermögen zu disponieren. Wie weit der Mann bei Ausübung seines Rechtes gehen kann, das ergiebt sich aus seiner Verpflichtung zur ordnungsmässigen Verwaltung des eingebrachten Gutes. Handelt er ihr zuwider, so kann sich die Frau gegen ihn durch die in §§ 1391 und 1418 gewährten Mittel sichern. Die von Jastrow angeführten Beispiele, welche die Schutzlosigkeit der Frau gegenüber extravaganten Massnahmen ihres Mannes dartun sollen, stellen sich als solche Fälle dar, in denen von einer ordnungsmässigen Verwaltung keine Rede mehr sein kann. Zertrümmert er Möbel, so verletzt er die wichtigste Pflicht, die ihm sein Verwaltungsrecht auferlegt, nämlich die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Bestimmung der das Frauengut bildenden Sachen. Macht er aus einem Park einen Bauplatz, so ist der Schaden, der daraus der Frau droht, zwar nur ein ideeller, aber dieser reicht hin, um der Frau den Schutz der §§ 1391 u. s. w. zuteil werden zu lassen.

Was schliesslich das letzte Argument Jastrows anbelangt, dass bei Annahme einer tatsächlichen Verfügungsbefugnis des Mannes über das eingebrachte Gut die Rechte der Frau heutzutage geringer seien als zu Zeiten des preussischen und sächsischen Rechtes, der Vorbilder des B. G.-B., so kann dieser Behauptung nicht beigepflichtet werden. Tatsächlich ist die rechtliche Position der Frau den Befugnissen des Mannes gegenüber im Vergleich zu früher keineswegs zu ihren Un-

---

Ferner die Vorschrift des § 2129, dass der Vorerbe mit dem Verlust seines Verwaltungsrechtes die Befugnis, über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen, einbüsst. Wenn also bei dem gesetzlichen Güterstande in § 1375 die Verwaltungsmacht des Mannes durch Entziehung der Befugnis zu rechtlichen Verfügungen beschränkt ist, so bedeutet das nur eine Ausnahme von der Regel und lässt im übrigen seine Berechtigung zu faktischen Dispositionen über das Frauenvermögen unberührt.

gunsten geändert worden. Ihre Sicherstellung ist im B. G.-B. nur mit andern Mitteln bewirkt worden.[1])

§ 4.

Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgen.

Da Verfügungen private Willenserklärungen sind, so fallen unter ihren Begriff nicht Akte öffentlich-rechtlichen Charakters, mögen sie auch privatrechtliche Wirkungen äussern[2]). Insbesondere sind keine Rechtsgeschäfte diejenigen Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehng getroffen werden, z. B. die Pfändung durch einen Gläubiger auf Grund eines Urteils oder Arrestbefehls. Sie verdienen eine besondere Beachtung an dieser Stelle deshalb, weil sie vom B. G.-B. ihrer Wirkung nach wiederholt und ausdrücklich den rechtsgeschäftlichen Verfügungen namentlich den Veräusserungen gleichgestellt werden. Daraus folgt aber nicht, dass derjenige, gegen den die Veräusserung zwangsweise durchgesetzt wird, rechtlich einem Veräusserer gleichzuachten ist[3]) Das ergiebt die einfache Erwägung, dass die Veräusserung durch Zwangsvollstreckung gegen den Willen oder mindestens ohne Rücksicht auf den Willen dessen geschieht, gegen den sie bewirkt wird, die Veräusserung durch Rechtsgeschäft dagegen regelmässig kraft freien Willens des Verfügenden erfolgt.

Die Gleichstellung der rechtsgeschäftlichen mit den durch Zwangsvollstreckung erfolgenden Verfügungen ist auch sonst nicht so vollkommen, dass alle Vorschriften des B. G.-B. gleichmässig für beide zur Anwendung gelangen. Das lehren

---

[1]) Arthur Schneider und Hermann Habicht, Kommentar zum Familienrecht des B. G.-B. (München 1900) Anm. b zu § 1375 und O. Opet und W. v. Blume, Kommentar zum Familienrecht des B. G.-B. Anm. 3 zu § 1375.

[2]) So ist die Genehmigung, welche der Vormundschaftsrichter zu einem Geschäfte des Vormundes erteilt, keine rechtsgeschäftliche Erklärung, vgl. Reichsgericht Bd. 50, S. 284.

[3]) Diesem in den Motiven Bd. 1 S. 128 zum Ausdruck gebrachten Gedanken macht Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft (Berlin 1900) S. 9 m. E. mit Unrecht zum Vorwurf, dass er unklar und unzutreffend sei.

die Bestimmungen des Gesetzes zu Gunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Sie gelten nur für den Erwerb durch rechtsgeschäftliche Verfügung. § 892 bringt dies für den Erwerb von Rechten an einem Grundstück und von Rechten an einem solchen Rechte, § 932 für den Eigentumserwerb an beweglichen Sachenzum Ausdruck, hinsichtlich des Erwerbs von Rechten an andern Gegenständen geschieht dies durch §§ 1032, 1138, 1155, 1207 und 1244, die teils auf § 892, teils auf § 932 Bezug nehmen.

Eine Verfügung über einen Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung ist nur möglich, wenn sie in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen erfolgt. Sie hat dagegen nicht statt, wenn die Zwangsmassregeln auf Erwirkung der Herausgabe einer Sache gerichtet sind[1]). Sie ist also nur für die Fälle des 8. Buches 2. Abschnittes Titel 1 und 2 C.-P.-O., nicht für die Fälle des Abschnittes 3 ebenda denkbar. Lediglich die Zwangsvollstreckung in das Vermögen führt zur Begründung von Pfandrechten, zur Uebertragung von Forderungen und Eigentum, während die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen zwar Besitz zu übertragen, nicht jedoch die Wirkungen einer rechtsgeschäftlichen Verfügung zu äussern vermag[2]).

Das B. G.-B. erwähnt nur in den §§ 135, 161, 184 Abs. 2, 353, 499, 833 Abs. 2 und 2115 die Gleichstellung der rechtsgeschäftlichen mit der im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgenden Verfügung. Daraus ist nicht zu folgern, dass das Gesetz eine Gleichstellung für alle anderen Fälle damit ausschliesst[3]). Dieser Auffassung würde die Tatsache entgegenstehen, dass das Gesetzbuch in §§ 892, 893 und für einen gewissen Umfang in §§ 2112, 2115 ausdrücklich die Nichtanwendbarkeit der Gleichstellung ausspricht. Aus der Gleichstellung expressis verbis ist vielmehr zu schliessen, dass sie vom Gesetz nur da aufgenommen ist, wo

---

[1]) Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 592.

[2]) Unten §§ 10 und 11.

[3]) A. M. Goldmann und Lilienthal, Das B. G.-B. (Berlin 1900) S. 135, Note 7.

ein möglicherweise entstehender Zweifel beseitigt werden sollte. Regelmässig ist die Zulässigkeit der Gleichstellung dort, wo sie das Gesetz nicht erwähnt, anzunehmen, so z. B. in §§ 573, 588 (vorbehaltlich der Ausnahme in § 865 Abs. 2 C.-P.-O.), 747 (vgl. § 859 C.-P.-O.), 816[1]), 1124, 1443, 2205. Nur dort, wo sie einer sinngemässen Auslegung zuwiderläuft[2]), ist sie nicht anwendbar.

Für die Praxis ist diese Auslegungsfrage bezüglich § 573, der von den Vorausverfügungen des Vermieters über den Mietzins vor Uebergang des Eigentums des verkauften Grundstücks auf den Erwerber handelt, von grosser Wichtigkeit geworden. Folgender, der Praxis entnommener Fall sei zu Grunde gelegt[3]).

Kläger ist durch Zuschlagsbeschluss vom 1. März 1901 Eigentümer eines Hausgrundstücks geworden, dessen Mieterträge für die Zeit vom 1. Januar bis 1. April 1901 dem Beklagten gerichtlich überwiesen waren. Kläger fordert Freigabe der Miete für März.

Das Gericht[4]), welches diesen Rechtsstreit zu entscheiden hatte, hat die Klage abgewiesen. Andere Gerichte[5]) haben bei gleichem Tatbestande verurteilt. Zum Teil stellen also die Gerichte die Pfändung von Mietsforderungen einer rechts-

---

[1]) Vgl. Riess a. a. O. S. 13.

[2]) Das ist z. B. der Fall bez. der Genehmigung des Gegenvormundes zu Verfügungen des Vormundes, § 1676 Entwurf I bestimmte dies ausdrücklich:

> Die Genehmigung des Gegenvormundes . . . . ist nicht erforderlich . . . . zur Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes im Wege einer gegen das Mündel gerichteten Zwangsvollstreckung.

Das B. G.-B. hat diese Vorschrift als selbstverständlich weggelassen.

[3]) Mitgeteilt in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann, 2. Jahrgang S. 358.

[4]) Urteil des Oberlandesgerichts Kiel vom 21. Oktober 1901 (an der zu Anm. 3 mitgeteilten Stelle) und bei ähnlichem Tatbestande Landgericht Brieg Urteil vom 18. Oktober 1902 in Sachen Frank c/a Rose S. 15./02.

[5]) Landgericht Dresden, mitgeteilt im „Recht“ Jahrgang 1901 S. 619 und Landgericht Breslau Urteil vom 25. April 1902 in Sachen Reich c/a Krygier S. 9./02.

geschäftlichen Verfügung gleich und nehmen dem Erwerber des Grundstücks gegenüber die Wirksamkeit derselben für das zur Zeit des Erwerbes laufende halbe Jahr an, zum Teil verneinen sie die Zulässigkeit dieser Gleichstellung.

Den Materialien zum B. G.-B., insbesondere den Motiven, lässt sich bei Entscheidung dieser Frage schon mit Rücksicht darauf, dass im Entwurf I eine der Vorschrift des § 573 B.G.-B. entsprechende Bestimmung fehlte, eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beimessen. Sie lassen sich, was mit der bereits erwähnten Entstehungsgeschichte der Motive zusammenhängt, als Argument ebensogut für wie gegen eine Gleichstellung der rechtsgeschäftlichen mit der im Wege der Zwangsvollstreckung durchgeführten Verfügung verwerten[1]).

Als massgebend kann auch nicht das rechtspolitische Moment erachtet werden, dass die Vorschrift des § 573, wie die Denkschrift zum Entwurf eines B. G.-B. S. 117 besagt, aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus im Interesse des Vermieters geschaffen ist. Der Vermieter soll nach der Absicht des Gesetzgebers in der Lage sein, über den Mietzins, dessen Fälligkeit nahe bevorsteht, verfügen zu können. Zu Unrecht zieht Bendix[1]) daraus den Schluss, dass nur diejenige Verfügung, die der Vermieter selbst vornimmt, dem Erwerber gegenüber wirksam ist, nicht aber eine Pfändung, die gegen den Vermieter erfolgt ist. Wäre dies zutreffend, so würde der Vermieter jederzeit seine Gläubiger dadurch benachteiligen können, dass er in unanfechtbarer Weise das Grundstück veräussert. Auf diese Gefahr hin würde aber ein Gläubiger, falls der Vermieter in wirtschaftlicher Bedrängnis ist, nicht mehr den Mietzins pfänden lassen, sondern vermutlich sogleich Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung beantragen und den Schuldner dadurch nicht selten ruinieren. Es liegt also weit eher im Interesse des Vermieters, dass der Grundstückserwerber noch auf einige Zeit die Pfändung des Mietzinses für die Gläubiger seines Rechtsvorgängers respektieren muss.

---

[1]) Vgl. Bendix, Juristische Wochenschrift 1902 S. 58 ff. und 354, Kuhn ebenda S. 283 ff., Lafrenz ebenda S. 352 ff.

Ebensowenig ist aus der aktiven Wendung: „eine Verfügung, die der Vermieter . . . . getroffen hat . . . .“ zu entnehmen, dass das Gesetz damit nur die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Verfügung zu erkennen geben wollte. Auch in anderen Fällen ist die aktive Form gebraucht, z. B. in §§ 588, 747, ohne dass die Gleichstellung beider Verfügungsarten angezweifelt würde.

Ein gewichtiges Bedenken freilich existiert, welches eine strikte Auslegung zu erheischen scheint. Das ist der Charakter als singuläre Bestimmung, den § 573 besitzt; denn tatsächlich gebühren von dem Zeitpunkt des Eigentumsüberganges an die Zinsen dem Erwerber des Grundstücks kraft eigenen Rechtes. Eine Vorausverfügung des Vermieters ist daher eine Verfügung über fremdes Recht, mithin grundsätzlich unwirksam und nur durch die besondere Vorschrift des § 573 in beschränktem Umfange giltig. Dieser eine Grund allein kann aber, nachdem das Prinzip einmal durchbrochen ist, gegenüber den sonstigen Erwägungen, die gegen den Ausschluss der zwangsweise durchgeführten Verfügung sprechen, nicht durchschlagen. Wären freiwillige und zwangsweise Verfügung in § 573 nicht gleichzuachten, so würde die Pfändung durch die Veräusserung des Grundstücks, eine willkürliche Handlung des Schuldners, ihre dingliche Natur einbüssen und die in Pfändung und Ueberweisung enthaltene richterliche Verfügung, die nach § 836 C.-P.-O. die Verfügung des Schuldners ersetzt, ihre Wirksamkeit verlieren, also resolutiv bedingt sein — ein Erfolg, der vom Gesetz nicht beabsichtigt sein kann.

Die gegen den Vermieter eines Grundstücks erwirkte Pfändung, mag sie gegen ihn als Eigentümer (§ 573), als Niessbraucher (§ 1056), als Ehemann (§ 1423), als Vater (§ 1663), oder als Vorerbe (§ 2135) gerichtet sein, ist mithin nach Beendigung seines Rechtes ebenso wie die rechtsgeschäftliche Verfügung über den Mietzins gegenüber seinem Rechtsnachfolger für das im Zeitpunkt der freiwilligen oder zwangsweisen (§ 57 Zw.-V.-G.) Veräusserung laufende halbe Jahr wirksam.[1])

[1]) In der Litteratur ist die Frage überwiegend bejaht, so Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands S. 352,

§ 5.

Rechtshandlungen.

Als Rechtsgeschäfte charakterisieren sich diejenigen Handlungen, welche solche Rechtsfolgen nach sich ziehen, wie sie — mindestens in dem Umfange der sogenannten essentialia negotii — von dem handelnden Rechtssubjekt gewollt sind[1]). Dasselbe gilt von der Verfügung. Ihnen sind mithin jene Rechtsakte nicht beizuzählen, hinsichtlich deren die Rechtsordnung „bei Verwirklichung eines rein tatsächlichen Effektes eine ihren Prinzipien entsprechende Rechtswirkung eintreten" lässt[2]), ohne dass der Wille des Handelnden in Beziehung zu letzterer steht. Es sind dies die sogenannten Rechtshandlungen. Dieser dem B. G.-B. fremde Ausdruck findet sich vielfach in anderen Reichsgesetzen privatrechtlichen Inhalts, z. B. in K.-O. §§ 7, 29 ff., 42, H.-G.-B. §§ 49, 126, Gesetz vom 21. Juli 1879. Er ist hier jedoch nicht in dem eben bezeichneten, in der Wissenschaft herausgearbeiteten Sinne zu nehmen, vielmehr weit allgemeinerer Natur, jedenfalls den Begriff der Verfügung und des Rechtsgeschäfts überhaupt mit umfassend, vgl. z. B. § 3 des zuletzt zitierten Gesetzes. Bei Beratung des Entwurfs zu diesem Gesetze wurde, als von einer Seite statt des Wortes „Rechtshandlung" der Ausdruck „Verfügung" empfohlen wurde, seitens eines Vertreters der Regierung darauf hingewiesen, dass der Begriff Rechtshandlung durch die Bezeichnung Verfügung nicht gedeckt werde.[3])

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B. G.-B. zu § 573, Staudinger a. a. O. zu § 573, verneint von Bendix a. a. O., Jäckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zu § 57; Neumann, Handausgabe des B. G.-B. Band 1 zu § 573.

[1]) Auf den vielumstrittenen Begriff des Rechtsgeschäfts soll hier nicht näher eingegangen werden. Im wesentlichen übereinstimmend mit obiger Definition Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte (Breslau 1901) S. 184, 207; ebenso nennen die Motive Band I S. 127 die Rechtsgeschäfte „Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten".

[2]) Manigk a. a. O. S. 207.

[3]) Materialien zur Konkursordnung u. s. w. von Hahn S. 525.

Zu den Rechtshandlungen im engeren Sinne und infolgedessen nicht zu den Verfügungen im Sinne des B. G.-B. gehören einerseits die unerlaubten Handlungen, andererseits eine Reihe von Rechtsakten, deren vollständige Ermittelung noch Aufgabe der Wissenschaft ist. Bis jetzt pflegt man dahin zu rechnen die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes, die Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag, Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Bestimmung als Zubehör, Fund und einige andere[1]).

B. Positive Folgerungen.

§ 6.

Nur Rechtsgeschäfte sind Verfügungen im Sinne des B. G.-B. Die Vorschriften, welche für jene allgemein gelten, müssen demzufolge auch für diese anwendbar sein. Im besonderen sei folgendes hervorgehoben:

1. Es lassen sich unterscheiden:
   a) Verfügungen durch einseitige Rechtsgeschäfte und Verfügungen durch Vertrag, vgl. §§ 1398, 1396, 2033. Beispiele: Aufrechnung § 388, Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück[2]). — Abtretung § 398, Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück § 873.
   b) Empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige Verfügungen, z. B. Kündigung — Dereliktion.
   c) Entgeltliche und unentgeltliche Verfügungen, ersteres die Regel, letzteres die Ausnahme §§ 816, 2113, 2205, 2375.
2. Als Rechtsgeschäfte unterliegen die Verfügungen ferner den Vorschriften:
   a) über Anfechtbarkeit wegen Irrtums § 119, wegen Zwanges § 123, über Nichtigkeit wegen Simulation § 117, wegen Verstosses gegen die guten Sitten § 138 u. s. w.,

---

[1]) Motive Band I S. 127, Manigk S. 207, Fischer-Henle B. G.-B., 5. Aufl. S. 48.

[2]) Ausnahme: Aufhebung der Hypothek und Grundschuld.

b) über Bedingung[1]) und Zeitbestimmung §§ 158 ff.,
c) über Stellvertretung §§ 164 ff.

3. Lässt das positive Recht für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen einen Ersatz zu, so ist eine Verfügung, die im Wege dieses Ersatzes vorgenommen wird, einer rechtsgeschäftlichen gleichwertig[2]). Einen derartigen Ersatz enthält § 894 C.-P.-O. Abs. 1 S. 1:

> Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.

In diesem Falle gilt die Verfügung als von demjenigen, gegen den das Urteil ergeht, selbst getroffen. Das Urteil stellt sie nur fest und macht ihre Ausführung erzwingbar. Besteht die Verfügung in der Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, so wird sie nach § 929 B. G.-B. in der Weise bewirkt, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist deshalb der Eigentümer zur Uebertragung des Eigentums z. B. als Verkäufer verpflichtet, so wird in Gemässheit des § 894 C.-P.-O. die ihm obliegende Erklärung seines Uebereignungswillens durch Urteil ersetzt. Uebergiebt er trotz seiner Verurteilung freiwillig die Sache nicht, so gewährt auch für die Besitzübertragung das Gesetz einen Ersatz durch die Bestimmung des § 897 C.-P.-O. Abs. 1:

> Ist der Schuldner zur Uebertragung des Eigentums oder zur Bestellung eines Rechts an einer beweglichen Sache verurteilt, so gilt die Uebergabe der Sache als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.

Dass der auf Grund der §§ 894, 897 C.-P.-O. sich vollziehende Erwerb als ein auf rechtsgeschäftlicher Verfügung beruhender anzusehen ist, erhellt aus der Vorschrift des § 898 a. a. O. Sie lässt auf ihn die Vorschriften des bürger-

---

[1]) Ausnahme: Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke und einige ihr gleichgestellte Verfügungen. §§ 925, 1017, ferner die Aufrechnung § 388.

[2]) Küntzel a. a. O.

lichen Rechts zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung finden.

Eine nach Massgabe dieser Bestimmungen durch Urteil erfolgende Verfügung ist also bald mit bald ohne Hinzutreten der Wegnahme einer Sache durch den Gerichtsvollzieher einer rechtsgeschäftlichen gleichzuachten und steht mit dieser zusammen im Gegensatz zu den Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommen werden.

Im Entwurf I und II zum B. G.-B. war der Verfügung durch Urteil als einer dritten Kategorie besonders gedacht. So lautete z. B. § 107 Entwurf I:

> Die durch Rechtsgeschäft oder durch Urteil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgende . . . .

An anderen Stellen des Entwurfs I, wo die Verfügung durch Rechtsgeschäft und im Wege der Zwangsvollstreckung neben einander genannt waren, z. B. in den §§ 135, 837 war die Verfügung durch Urteil nicht erwähnt. Dem half im Interesse einer einheitlichen Redaktion der Entwurf II dadurch ab, dass er auch hier den Zusatz „durch Urteil oder" machte. Von der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs wurde indessen dieser Zusatz allenthalben gestrichen und dies damit begründet, dass der in den Motiven Band I S. 213 enthaltene Hinweis auf § 779 C.-P.-O. (jetzt § 894) die zusätzliche Erwähnung des Urteils nicht rechtfertige, weil es sich in § 779 um den Ersatz einer rechtsgeschäftlichen Verfügung handele. Schon vorher — vgl. Protokolle Band V S. 113 — war in der Kommission anlässlich der Beratung des jetzigen § 2115 hervorgehoben worden, dass die Verfügung durch Urteil sachlich anders als die im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommene, nämlich als Verfügung durch Rechtsgeschäft zu behandeln sei.

Dieser Gegensatz ist nicht immer klar erkannt worden. Vielmehr wurde z. B. von Strohal in seinem Erbrecht 1. Auflage S. 38 Anm. 18 gerade bei Erläuterung des zuletzt genannten § 2115 B. G.-B. die Ansicht vertreten, dass eine in Gemässheit des § 894 C.-P.-O. getroffene Verfügung die Bedeutung einer im Wege der Zwangsvollstreckung durch-

gesetzten Verfügung habe. Diese Auffassung führt indes zu einem unhaltbaren Ergebnis. Nach §§ 2112 ff. B. G.-B. kann der Vorerbe in den Grenzen einer ordnungsmässigen Verwaltung über bewegliche Sachen, die zur Erbschaft gehören, verfügen, nicht aber seine Gläubiger (§ 2115). Erwirken diese im Wege der Zwangsvollstreckung eine Verfügung über Erbschaftsgegenstände, so ist diese Verfügung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Daraus ergiebt sich nach der von Strohal vertretenen Meinung folgende von ihm selbst gemissbilligte Inkonsequenz. Verkauft der Vorerbe — selbst bei Missbrauch seines Verwaltungsrechtes — eine zur Erbschaft gehörige bewegliche Sache und übergiebt sie dem Käufer, so überträgt er damit das Eigentum an der Sache mit Wirksamkeit gegen den Nacherben. Giebt er dagegen den verkauften Gegenstand nicht freiwillig heraus, sondern lässt es zum Prozess kommen, so ist der auf Grund des Urteils erfolgende Eigentumsübergang bei Eintritt der Nacherbfolge unwirksam. Strohal selbst hat diese Ansicht in der 2. Auflage seines Erbrechts S. 107 Anm. 12 aufgegeben und damit anerkannt, dass der von ihm als Beispiel zur Erläuterung des § 2115 gewählte Tatbestand keine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung über eine Erbschaftssache darstellt.

Wie gross die praktische Bedeutung des Unterschiedes der im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkten von einer nach § 894 C.-P.-O. erfolgten Verfügung sein kann, bringt eine historisch interessante Bestimmung des Sachenrechts zur Anschauung. Entwurf I bestimmte in § 837:

> Bei dem durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung sich vollziehenden Erwerbe eines Rechtes an einem Grundstücke . . . . gilt zu Gunsten des Erwerbers der Inhalt des Grundbuches . . . . als richtig . . . .

Dagegen schreibt § 892 B. G.-B. vor:

> Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück . . . . durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuches als richtig . . . .

Nach dem Gesetzbuche kommt also nur noch demjenigen, der durch Rechtsgeschäft oder nach §§ 894, 897 C.-P.-O. ein Recht an einem Grundstück erwirbt, nicht aber demjenigen, der auf Grund einer im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkten Verfügung Erwerber eines solchen Rechtes wird, der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute.

IV. Die Verwendung des Begriffes Verfügung im ersten Entwurfe zum B. G.-B.

§ 7.

Bereits mehrfach ist auf den Entwurf I Bezug genommen. Vor Eintritt in eine Untersuchung darüber, was die Verfügung von anderen Rechtsgeschäften unterscheidet, erscheint es zweckmässig, im Zusammenhang einen Blick auf die Verwendung dieses Ausdrucks in der ersten Vorarbeit zum B. G.-B. zu tun.

Bei einem Vergleiche des Gesetzbuches mit dem ersten Entwurfe ergiebt sich, dass das B. G.-B. erheblich mehr sich des Ausdrucks „verfügen" bedient als der Entwurf erster Lesung. Diese Erscheinung ist darauf zurückzuführen, einmal, dass das Gesetzbuch an einer Reihe von Stellen, wo der Entwurf einzelne Rechtsgeschäfte hintereinander herzählt oder sonst eine umständlichere Formulierung aufweist, dafür den kürzeren terminus Verfügung setzt, sodann darauf, dass es ihn in mehreren von ihm neu eingeführten Vorschriften verwendet.

Zu letzterer Kategorie gehören die §§ 573 und 816 B. G.-B.

Ersatzweise findet dagegen der terminus Verfügung im B. G.-B. anstatt folgender Ausdrücke des ersten Entwurfs Verwendung:

Uebertragung und Aufhebung eines Rechtes und Belastung einer Sache oder Rechtes vgl. §§ 107 Entwurf I = 135 B. G.-B., 135 = 161, 1300 = 1395,

veräussern oder belasten §§ 1353 = 1444, 1445, 1669 = 1812, 1345 = 1442, 2056 = 1959, 1671 = 1819, 1674 Z. 1, 2, 5 = 1821 Z. 1, 2, 3, 1674 Z. 3 = 1822 Z. 1, 2077 = 2367, ein die Aenderung eines Rechtes unmittelbar bezweckendes Rechtsgeschäft §§ 838 = 893, 2077 = 2367, 2056 = 1959.

Beispielsweise lauten — einander entsprechend —

§ 107
Entwurf I.

Die durch Rechtsgeschäft .... erfolgende Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes und Belastung einer Sache oder eines Rechtes, durch welche gegen ein .... Veräusserungsverbot verstossen wird, ist .... unwirksam.

§ 135
B. G.-B.

Verstösst die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein .... Veräusserungsverbot, ..., so ist sie ... unwirksam.

§ 1345
Entwurf I.

Der Anteil eines Ehegatten an dem Gesamtgute und an den einzelnen zu diesem gehörenden Gegenständen kann nicht veräussert oder belastet werden; ....

§ 1442
B. G.-B.

Ein Ehegatte kann nicht über seinen Anteil an dem Gesamtgut und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; ...

§ 2056 Abs. 2
Entwurf I.

Wird vor der Annahme der Erbschaft von dem Erben ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand veräussert oder belastet oder ein die Aenderung eines erbschaftlichen Rechtes unmittelbar bezweckendes Rechtsgeschäft gegenüber einem Dritten vorgenommen oder ....

§ 1959 Abs. 2
B. G.-B.

Verfügt der Erbe vor der Auschlagung über einen Nachlassgegenstand, so ....

Ausserdem gebraucht das B. G.-B. den Ausdruck Verfügung in § 878 = 834 mit 837, 1134, 1144 Entwurf I für Erklärung, durch welche das Eigentum an einem Grundstücke aufgegeben oder auf ein anderes Recht an einem Grundstücke oder auf ein Recht an einem solchen Rechte verzichtet wird, Umwandelung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld und der Grundschuld in eine Hypothek, ferner in § 1815 = 1670 für Erhebung der hinterlegten Papiere, Ersetzung der umgeschriebenen Papiere durch Inhaberpapiere und Erhebung der letzteren.

Die Protokolle ergeben, dass überall da, wo im B. G.-B. der Ausdruck Verfügung an Stelle der erwähnten Rechtsgeschäfte eingeführt wurde, eine sachliche Aenderung damit nicht bezweckt war. Es handelt sich immer lediglich um eine Frage zweckmässiger Redaktion. In anderem Zusammenhange ist bereits die dahingehende Bemerkung der Protokolle Band IV S. 180 zu § 1395 B. G.-B. erwähnt. Bezüglich der Neufassung des § 1812 B. G.-B. äussern sich die Protokolle Band IV S. 782:

> Was den Umfang der Beschränkung mit Rücksicht auf die Art des Rechtsgeschäfts betrifft, so geht der Ausdruck „verfügen“ weiter als die Ausdrücke „veräussern und belasten“; denn er umfasst auch die Kündigung. Die Kommission war sachlich damit einverstanden, dass auch die Kündigung an die Genehmigung des Gegenvormundes bezw. Gerichts geknüpft sein soll und überliess die Prüfung der Frage, ob der Ausdruck „Verfügung“ zu wählen sei, der Redaktions-Kommission.

Ebenso lassen sich die Protokolle aus hinsichtlich § 135 B. G.-B. in Band I S. 124, hinsichtlich § 161 B. G.-B. in Band I S. 184, hinsichtlich § 1822 B. G.-B. in Band IV S. 790 u. s. w.

Diejenigen Rechtsgeschäfte des Entwurfs I, an deren Stelle das B. G.-B. den terminus Verfügung setzt, sind hiernach keine anderen wie jene, die auch in anderem Zusammenhange vom B. G.-B. als Verfügung bezeichnet werden[1]). Indessen deuten sowohl

[1]) Vgl. oben § 2.

die Motive, die ja unmittelbare Bedeutung für den Entwurf I haben, als auch einzelne Textstellen des Entwurfes selbst darauf hin, dass derselbe den Ausdruck Verfügung in einem technischen Sinne zur Unterscheidung von anderen Rechtsgeschäften nicht gekannt hat. So besagen die Motive Band I S. 128 nur, dass der Entwurf unter Verfügen, soweit nicht eine nähere Erläuterung beigefügt ist, rechtliches Verfügen versteht. Band I S. 259 ebenda heisst es ferner:

> Anlangend die rechtlichen Verfügungen des unter einer aufschiebenden Bedingung Verpflichteten, so ist zwischen bedingten obligatorischen Rechtsgeschäften und bedingten Rechtsgeschäften, welche die Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes, die Belastung einer Sache oder eines Rechtes zum Gegenstande haben, zu unterscheiden.

Aus dem Entwurfe selbst sind folgende Stellen bemerkenswert:

> § 370: Wer sich durch Vertrag zur Veräusserung einer Sache verpflichtet (Veräusserer), hat . . . .
>
> § 1218 . . . . der Pfandgläubiger (ist) berechtigt, die dem Pfandrechte unterliegende Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers derselben zu kündigen und einzuziehen. In anderer Art über die Forderung zu verfügen, ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt; insbesondere kann er die Forderung nicht verkaufen.

Ferner handelt im Familienrecht Abschnitt I Titel 2, II, 3 unter der Ueberschrift „Beschränkung des Verfügungsrechtes der Ehefrau“ in § 1300 von den Rechtsgeschäften der Ehefrau unter Lebenden, durch welche „ein Ehegutsrecht übertragen oder aufgehoben, oder eine Ehegutssache oder ein Ehegutsrecht belastet wird“ und in § 1301 von demjenigen Rechtsgeschäft der Ehefrau, unter Lebenden, durch welches „dieselbe zu einer Leistung verpflichtet wird“.

Hiernach deckt also der Begriff der Verfügung im ersten Entwurf zum B. G.-B. obligatorische wie dingliche Rechtsgeschäfte. Es muss daher angenommen werden, dass der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des

Lebens[1]) unter dem Ausdruck Verfügung schlechthin alle Rechtsgeschäfte zusammenfasst, welche auf die rechtliche Situation eines Gegenstandes irgendwie einwirken[2]).

V. Die Eigenart der rechtsgeschäftlichen Verfügung.

§ 8.

A. Gegenstand der Verfügung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt „über einen Gegenstand verfügen". Die Verfügung kann hiernach körperliche Gegenstände z. B. Tier § 487, Geld § 1376, Grundstück § 1821 Z. 1, wie Forderungen z. B. § 1812, Mietzins § 573, Anspruch auf Leistungen § 1126, wie sonstige Vermögensrechte z. B. Anteil an der Erbschaft § 2033 betreffen. Rechte wie Sachen können veräussert, belastet, gepfändet u. s. w. werden.

Zu prüfen bleibt, ob auch Sachgesamtheiten (Inbegriff von Sachen, universitates facti) und Vermögen (Inbegriff von Gegenständen, d. h. von Rechten und Sachen, universitates juris) Gegenstand von Verfügungen sein können. Beide kommen im B. G.-B. vor[3]), für beide hat das B. G.-B. keine

[1]) In dem weitesten Sinne ohne technische Bedeutung verwendet das H.-G.-B. den Ausdruck Verfügung. In § 53 spricht es von „zur Verfügung stellen" einer Ware, in §§ 538, 540 von „Verfügung über Ladungsteile durch Verkauf oder Verwendung", in §§ 629, 637, 820 u. a. von „Verfügungen zu hoher Hand" u. s. w.

[2]) Vgl. Riess a. a. O. S. 5 ff. und Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines B. G.-B. Band I S. 48.

[3]) Ebenso im Entwurf I zum B. G.-B., vgl. §§ 780 Abs. 2 Entwurf I = 92 B. G.-B., 993 = 1035, 319 = 419, 1038 = 1085 ff., 1353 = 1444 ff. Eine grundsätzliche Verschiedenheit in der Auffassung des Entwurfs und des Gesetzbuchs über Sachinbegriff und Vermögen ist nicht vorhanden. Die in den Protokollen Band V S. 837 ff. enthaltene Bemerkung, dass der Entwurf I einen Inbegriff nicht anerkannt habe, ist hiernach nicht zutreffend. Sie steht zwar im Einklang mit der in den Motiven Band III S. 29 ausgesprochenen Ansicht:

> Der Entwurf verhält sich . . . . ablehnend gegen die Vorstellung, dass eine Sachgesamtheit Gegenstand von Rechten sein kann.

Diese Behauptung geht aber, wie Dernburg Band III Bürgerliches Recht S. 6 durch das Beispiel des § 92 B. G.-B. nachweist, zu weit.

Definitionen. Inbegriffe von Sachen werden in §§ 92 Abs. 2, 1035, mit der Bezeichnung Inventar in §§ 586 ff., 1048, 1378 erwähnt. In den drei letztgenannten Fällen dient der Begriff nur dazu, eine weitschweifige Aufzählung der einzelnen Sachen zu vermeiden. So wenig wie hier hat er auch in den anderen Fällen des B. G.-B. die Bedeutung eines einheitlichen Rechtsobjektes. Das ergiebt sich einesteils daraus, dass das Gesetzbuch über die rechtliche Behandlung der Sachinbegriffe keine generellen Vorschriften giebt, sondern nur einzelne z. B. über den Niessbrauch (dagegen nicht über Eigentum und Pfandrecht), anderenteils daraus, dass wie Rehbein B. G.-B. Bd. I S. 80 hervorhebt, die Bestimmungen der §§ 469 ff. über Gewährleistung bei Verkauf mehrerer Sachen und die Vorschrift des § 440 über Eviktion ebenfalls für den Verkauf eines Inbegriffs bezw. die Eviktion einzelner Sachen aus einem Inbegriffe Geltung haben. Der Sachinbegriff als solcher ist daher keine körperliche Sache. Es kann mithin auch nicht über ihn wie über ein einzelnes Vermögensobjekt, sondern nur über die einzelnen zu denselben gehörenden Sachen verfügt werden.

Nicht anders verhält es sich mit der Verfügung über Vermögen. Sie wird im B. G.-B. wiederholt genannt und zwar als Verfügung über Gesamtvermögen wie als Verfügung über Sondervermögen. Nicht zu bezweifeln ist, dass es sich in §§ 1375 und 1443, wo von Verfügung über eingebrachtes Gut bezw. Gesamtgut die Rede ist, immer nur um Verfügung über einzelne Gegenstände des Vermögens handelt. Bezüglich § 1375 zeigt dies die in dem folgenden Paragraphen enthaltene Namhaftmachung anderer einzelner von der Verfügungsbeschränkung des Mannes ausgenommener Sachen und Rechte, bezüglich § 1443 die Hervorhebung der Verfügung über Gesamtgut im Ganzen im folgenden Paragraphen. Aber auch für die Fälle, wo nicht so handgreiflich wie hier ersichtlich ist, dass Vermögen kein einheitliches Rechtsobjekt ist, oder wo im Gegenteil ausdrücklich der Verfügung über Vermögen im Ganzen z. B. in §§ 1444 (Gesamtgut), 1822 (Mündelvermögen) gedacht ist, lässt sich aus dem Gesetze selbst der Nachweis führen, dass das Vermögen nicht als Einheit, sondern die einzelnen

dasselbe bildenden Rechte und Sachen Gegenstand von Verfügungen sind. Dies tritt namentlich in § 1085 S. 1 hervor:

> Der Niessbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt,

einer Vorschrift, die nach § 1089 auch auf den Niessbrauch einer Erbschaft Anwendung findet. Als Beweis hierfür darf auch der Umstand gelten, dass das B. G.-B die General-Hypothek des römischen Rechts nicht mehr anerkennt. Dieselben Grundsätze, die hiernach für eine durch Belastung erfolgende Verfügung über Vermögen aufgestellt sind, sind auch für andere Verfügungen über Vermögen, namentlich für die Veräusserung desselben, welche ja ebenfalls wie die Belastung die Entstehung eines dinglichen Rechtes bewirkt, bedenkenfrei für zutreffend zu erachten. In den hier erörterten Gründen liegt auch zum Teil m. E. eine Erklärung dafür, dass das B. G.-B. (§ 311) eine Verfügung nur über das gegenwärtige Vermögen, dessen einzelne Bestandteile genau bekannt sind, zulässt, nicht aber eine solche über zukünftiges (§ 310) oder gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen.

Zur Verfügung über einen Sachinbegriff oder Vermögen reicht mithin ein einheitlicher Rechtsakt nicht aus. Es bedarf vielmehr, wenn z. B. die Verfügung in der Uebertragung eines Vermögens besteht, einer Uebertragung der einzelnen beweglichen Sachen, einer Auflassung der Grundstücke, einer Cession der Forderungen u. s. w., wobei aber natürlich die eine Erklärung sich auf eine Mehrzahl von Gegenständen beziehen kann.

Immer sind Gegenstand der Verfügung reine Vermögensrechte[1])[2]). Sie ist niemals ein rein persönlich-rechtliches oder

---

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. I S. 342; Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., I, S. 153.

[2]) Dadurch unterscheidet sich diejenige rechtgeschäftliche Verfügung die den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bildet, wesentlich von den letztwilligen Verfügungen. Einesteils enthalten diese nicht nur vermögensrechtliche Verfügungen, sondern auch sonstige Anordnungen, z. B. Benennung eines Vormundes (§ 1776). Anderenteils reichen sie über die

ein sogenanntes gemischtes[1]) Rechtsgeschäft. Zitelmann[2]) hielt den Ausdruck Verfügung für so allgemein, dass er unter Hinweis auf die landläufige Redensart „über seine Hand verfügen" ihn auch auf familienrechtliche Geschäfte ausgedehnt wissen wollte. Er schlug deshalb vor, dem § 65 Abs. 1 Entw. I (=106 B. G.-B.) folgende Fassung zu geben:

> Minderjährige sind verfügungsunfähig; sie können Willenserklärungen, durch welche sie über ihre Person oder ihr Vermögen unter Lebenden verfügen würden, ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters weder abgeben noch entgegennehmen.

Für das Gesetzbuch selbst wäre, da es nirgends einen Anhalt hierfür bietet, diese Auffassung nicht gerechtfertigt.

B. Die Befugnis zur Verfügung.

§ 9.

Der Ausdruck gehört dem Wortschatz des B. G.-B. an vgl. §§ 137, 1189, 1377 Abs. 3, 1380, 1984. An seiner Statt wird in der Litteratur auch die Bezeichnung Verfügungsfähigkeit gebraucht[3]). Sie ist unzutreffend; denn sie ist keine Eigenschaft der Person[4]), sondern bedeutet unter Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit eine durch die Eigenart der rechtsgeschäftlichen Verfügung bedingte Seite privatrechtlicher Machtvollkommenheit eines Rechtssubjektes. Sie ist ferner dehalb zu vermeiden, weil sie wegen ihres gleichen Klanges mit dem Worte Geschäftsfähigkeit und in Anbetracht der verschiedenen Deutung des Begriffes Verfügung in der Litteratur möglicherweise zu einer Identifizierung mit dem Begriff der

Bedeutung des Begriffes der Verfügung über einen Gegenstand insofern hinaus, als sie auch eine Verpflichtung des Nachlasserwerbers z. B. durch Zuwendung von Vermächtnissen an Dritte zu begründen vermögen (§ 2174).

[1]) A. M. Gareis, Der allgemeine Teil des B. G.-B. (Berlin 1900) S. 110.

[2]) Zitelmann a. a. O. S. 49 und 163.

[3]) Fuchs, Grundbuchrecht 1. Heft (Berlin 1900) S. 42; Cosack a. a. O. Bd. I S. 176; Hölder, Kommentar zum B. G.-B. n. 4 zu § 135 B. G.-B.; Kammergericht bei Johow Bd. III S. 131.

[4]) Engelmann a. a. O. S. 101.

Geschäftsfähigkeit und infolgedessen zu einer Unrichtigkeit führen kann. Diese Gefahr ist nur dann nicht vorhanden, wenn derjenige, der von Verfügungsfähigkeit spricht, damit nicht die Fähigkeit meint, Rechtsgeschäfte schlechthin abzuschliessen, sondern die Befugnis, Verfügungen im Sinne des B. G.-B. zu treffen[1]).

Selbstverständlich ist, dass der Geschäftsunfähige, z. B. das Kind unter 7 Jahren, nicht befugt ist, irgend welche Verfügungen vorzunehmen. Hier, wo es sich um die rein negative Seite der Geschäftsfähigkeit wie der Verfügungsbefugnis handelt, lässt sich allenfalls Geschäftsunfähigkeit und Verfügungsunfähigkeit im Sinne absoluten Mangels an Verfügungsbefugnis als gleichbedeutend verwenden. Dagegen tritt auf dem Grenzgebiet zwischen Geschäftsfähigkeit und -unfähigkeit, zwischen Befugnis zur Verfügung und totalem Mangel einer solchen, d. h. dort, wo das Rechtssubjekt gewissen Beschränkungen unterworfen ist, ebenso wie bei einem Vergleich des vollkommen Geschäftsfähigen mit dem Verfügungsberechtigten der Unterschied beider Begriffe klar hervor. Der beschränkt Geschäftsfähige, z. B. der wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht Entmündigte ist regelmässig auch in der Befugnis, Verfügungen zu treffen, beschränkt, nicht aber ist umgekehrt der in der Verfügungsbefugnis Beschränkte regelmässig ein beschränkt Geschäftsfähiger. Ferner ist der Verfügungsberechtigte regelmässig ein Geschäftsfähiger, nicht aber ist jeder Geschäftsfähige, z. B. der Gesellschafter § 719, die Ehefrau § 1395, verfügungsberechtigt. Daraus ergiebt sich, dass die Befugnis zur Verfügung gegenüber der Geschäftsfähigkeit ein Mehr bedeutet. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied, der die Verfügung vor andern Rechtsgeschäften auszeichnet. Nur der Eigentümer einer Sache, überhaupt nur der Inhaber eines Rechts bezw. dessen Stellvertreter ist zur Verfügung über die Sache bezw. das Recht befugt[2].)

[1]) Wendt Archiv für civ. Praxis Bd. 89 S. 431 nimmt Verfügungsbefugnis in der allgemeinen Bedeutung der Dispositionsbefugnis, wie sie die Pandektentheorie kannte.

[2]) Hölder a. a. O., Fuchs S. 39.

Dieser Grundsatz erleidet in zweifacher Hinsicht Ausnahmen. Es giebt einerseits Fälle, in denen auch der Nichteigentümer zu Verfügungen berechtigt ist, z. B. der Ehemann nach Massgabe der §§ 1376, 1377 andererseits Fälle, in denen der Inhaber des Rechts, z. B. die Ehefrau § 1395, der Erbe § 2211 nicht verfügungsbefugt ist. Hier spricht das Gesetz von Verfügungsbeschränkung vgl. § 894. Die Schranke, welche die Verfügungsmacht des in der Verfügung Beschränkten hemmt, kann verschieden stark sein. Sie kann die Wirksamkeit der Verfügung in gewissem Umfange zulassen. So ist die Verfügung des Gemeinschuldners über einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, vgl. auch § 135 B. G.-B. Sie kann aber auch gänzliche Nichtigkeit der Verfügung bewirken. So sind Verfügungen des Ehemanns oder der Ehefrau über eingebrachtes Gut nichtig.

Regel ist, dass die Verfügung eines Nichtberechtigten nichtig ist. Auch dieser Grundsatz wird durchbrochen. Dies geschieht einmal durch die Bestimmung des § 185:

> Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.
>
> Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzten Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere mit einander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam.

Sodann ist die Verfügung Nichtberechtigter wirksam in gewissen durch Rücksicht auf die Verkehrssicherheit und den guten Glauben des Erwerbers gebotenen Fällen. Hierhin zählen namentlich die Fälle, in denen das Vorhandensein einer Urkunde in dem Erwerber den Glauben an eine Berechtigung des Verfügenden begründet. So die Verfügung des Nichterben über Erbschaftsgegenstände auf Grund eines Erbscheins (§ 2366), die Verfügung des Testamentsvollstreckers auf Grund

eines Zeugnisses über seine Ernennung (§ 2368), die Verfügung des an der Fortsetzung der Gütergemeinschaft beteiligten Ehegatten auf Grund eines Zeugnisses über dieselbe (§ 1507), die Abtretung einer Forderung nach § 405, die Verfügung eines im Grundbuch als Berechtigten eingetragenen Nichtberechtigten oder des durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen und den Besitz des Hypothekenbriefes sich ausweisenden Nichtgläubigers einer Hypothekenforderung (§§ 892, 1155), ferner die wichtigen Fälle der Verfügung seitens Nichtberechtigter über eine bewegliche Sache §§ 932, 936, 1032, 1207.

C. Wirkungen der Verfügung.

§ 10.

Ausgehend von der oben in § 2 enthaltenen Zusammenfassung derjenigen Rechtsgeschäfte, die das Gesetzbuch selbst ausdrücklich Verfügungen nennt, lässt sich hinsichtlich ihrer Wirkung folgendes feststellen und dabei gleichzeitig ermitteln, welche Rechtsgeschäfte überhaupt unter den Begriff der Verfügung im B. G.-B. fallen.

1. Verfügungen sind solche Rechtsgeschäfte, die immer auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse einwirken[1]).

   Sie stehen im Gegensatz zu denjenigen Rechtsgeschäften, die auch noch nicht entstandene oder bereits untergegangene Rechte zum Gegenstande haben können. Im Zusammenhange hiermit steht der schon anderwärts erwähnte Grundsatz, dass nur der Inhaber eines Rechts über dasselbe verfügen kann. Sie bilden ferner einen Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, durch welche im Wege der Begründung neuer Rechte eine Mehrung der Rechtsbefugnisse des Verfügenden bewirkt wird. Vgl. die Ausdrucksweise des Art. 11 Abs. 2 E.-G. zum B. G.-B.: ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird.

   Fast alle einseitigen Rechtsgeschäfte wirken auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse ein. Sie sind daher

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. I S. 342; Leonhard: Der Allgemeine Teil des B. G.-B. S. 268; Monich a. a. O. S. 9.

überwiegend Verfügungen. So Kündigung, Mahnung[1]), Aufrechnung, Anfechtung, Aufgabe des Eigentums an beweglichen Sachen wie Grundstücken. Dasselbe gilt von den zivilrechtlichen Akten, die aus Anlass prozessualer Verhandlungen oder in Verbindung mit ihnen vorgenommen werden. Sie wirken, da der Prozess seiner Natur nach für Begründung neuer subjektiver Befugnisse keinen Raum lässt, auf das streitige Rechtsverhältnis ein. Derartige private Erklärungen büssen dadurch, dass sie in den Prozess hineinbezogen werden, ihren Charakter als Privatrechtsgeschäfte nicht ein[2]). Sie sind mithin rechtsgeschäftliche Verfügungen. Sie kommen sowohl als ein- wie als zweiseitige Verfügungen vor. Zu ersteren gehören namentlich Kündigung, Anfechtung, Aufrechnung, zu letzteren Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich[3]).

2. Verfügungen wirken auf die Substanz[4]) eines Rechtes ein. Sie führen unmittelbar[5]) eine Aenderung in der Rechtswelt herbei. Die Unmittelbarkeit ihrer Wirkung tut sich darin kund, dass sie selbständig, ohne Erkennbarkeit des Grundes, sofort und gewissermassen endgiltig eine Aenderung bestehender Rechte hervorrufen. Diese Aenderung kann mehr oder minder stark sein. Sie kann darin bestehen,

[1]) Auch die Mahnung ist ein Rechtsgeschäft. Dernburg Bd. I S. 332 Anm. 9; Leonhard a. a. O. S. 263; dagegen Manigk a. a. O S. 95 und Hölder a. a. O. S. 236.

[2]) Dernburg, Bd. I S. 331 und Endemann, Einführung in das Studium des B. G.-B. 8. Aufl. S. 278 Anm. 5; a. M. Kohler, Zeitschrift für Civilprozess Bd. 29 S. 1.

[3]) Reichsgericht Bd. 19 S. 362 ff. hat entschieden, dass der Vergleich keine Prozesshandlung im Sinne des § 54 C.-P.-O. ist.

[4]) Opet und v. Blume a. a. O. zu §§ 1380, 1399; Planck zu § 1375.

[5]) Planck, Bd. I S. 148; Endemann a. a. O. S. 284; Fuchs a. a. O. S. 42; Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I S. 326; Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht (Marburg 1900) S. 138; Dernburg, Bd. I S. 342, Reichsgerichts-Urteil vom 23. Oktober 1901 in der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 867; Kammergericht bei Johow Bd. II S. 150 und Bd. IV S. 131; Reichsgericht in Strafsachen Bd. 35 S. 201 ff.

a) dass der Inhaber des Rechtes wechselt. Daher bilden Verfügungen die Veräusserungen, d. h. diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar das Recht an Fahrnis oder Liegenschaft auf einen anderen übertragen wird. (§§ 92, 571, 753, 918, 925, 926, 932, 1056, 1087, 1121, 1122, 1149, 1242—45, 1249, 1644, 1822, 1824), hauptsächlich also die Uebertragung des Eigentums, insbesondere auch diejenige durch Abtretung nach §§ 931, 934, ferner Abtretung von Forderungen §§ 255, 398, Schuldübernahme § 414 u. s. w.,

b) dass der Inhalt des Rechtes ohne Wechsel des Inhabers eine Aenderung erleidet. Dahin zählen namentlich die Belastungen[1]), d. h. diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche an körperlichen Sachen, beweglichen und unbeweglichen, wie an Rechten begrenzte dingliche Rechte bestellt werden (§§ 577, 1009, 1012, 1019, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191). Es gehören ferner hierzu Erhöhung des Zinsfusses, Rangänderung eines eingetragenen Rechtes[2]), Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, Vergleich u. s. w.,

c) dass das Recht beendet wird, z. B. Dereliktion, Aufgabe von Rechten an Grundstücken (§ 875) wie an beweglichen Sachen (§§ 1064, 1255 Abs. 1), Verzicht, Erlass, Zahlung, Aufrechnung, Annahme der Erfüllung, Einziehung der Forderung, Kündigung[3]),

---

[1]) Veräusserung und Belastung bilden die häufigste und wichtigste Verfügungsart. Sie werden im B. G.-B. mehrfach nebeneinander genannt §§ 314, 445, 493, 578, 579, 1262, 1263, 1288. Entgegen bisherigem Sprachgebrauch fällt nach B. G.-B. die Belastung nicht mehr unter den Begriff der Veräusserung.

[2]) Sie ist nicht eine Verfügung über das Grundstück sondern über das Recht am Grundstücke, das von der Aenderung betroffen wird, beispielsweise also über die zurücktretende Hypothek, Kammergericht bei Johow Bd. III S. 134.

[3]) Z. B. Kündigung eines Gesellschafters § 723; Kohler a. a. O. S. 23 sagt von der Kündigung, indem er sie mit der Anfechtung vergleicht,

Widerruf, Rücktritt, Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Schuldverhältnissen u. s. w.

3. Ausser den einseitigen privatrechtlichen Akten üben hiernach eine unmittelbare Wirkung auf die Substanz bestehender Rechte alle diejenigen Privatrechtsgeschäfte, denen ein abstrakter Vertrag zu Grunde liegt[1]). Sie sind sämtlich Verfügungen im Sinne des B. G.-B. Sie stellen das Hauptkontingent unter den rechtsgeschäftlichen Verfügungen. Daher erklärt sich, wenn einzelne Schriftsteller, z. B. Fuchs[2]) und Crome[3]), sagen, dass der Begriff der Verfügung mit dem Begriff des dinglichen Vertrages zusammenhänge, und wenn häufig die Verfügung als „dingliches Rechtsgeschäft" bezeichnet wird.[4])

Zu unterscheiden sind:

a) die abstrakten Verträge des Sachenrechts, die dinglichen Verträge im engeren Sinne. Durch sie vornehmlich entstehen dingliche Rechte an Sachen und Rechten. Jeder derivative dingliche Erwerb beruht daher auf einer Verfügung. Alle sachenrechtlichen Verfügungen sind Zuwendungsgeschäfte, d. h. ihr

welche schwebende Rechtsgeschäfte „nach der Seite des Nichtseins löst": sie bläst einem lebenden Geschäft den Lebensodem aus.

Die Motive Band I S. 129 behaupten m. E. unzutreffend, dass die Kündigung auf das Recht einwirke, ohne dessen Substanz zu verändern.

Planck, Bd. I S. 148 rechnet die Kündigung zu der unter b genannten Gruppe.

[1]) Leonhard a. a O. S. 268.

[2]) A. a. O. S. 42.

[3]) A. a. O. S. 326.

[4]) Das Wort „dinglich" wird hier in einem zwar gebräuchlich gewordenen, aber irreführenden Sinne angewendet. Gewöhnlich bezeichnet man mit dinglich dasjenige Rechtsgeschäft, das Rechte an Sachen unmittelbar berührt oder in rem wirkt. „Dinglich" drückt also allgemein den Gegensatz zu „obligatorisch" aus. Nicht alle Verfügungen wirken aber rein dinglich oder in rem. An einzelne knüpfen sich vielmehr auch obligatorische Verpflichtungen z. B. an Abtretung, Rücktritt, Schuldversprechen und andere. Der Ausdruck „dinglich" ist daher, wenn er auch zur Kennzeichnung des Gegensatzes der Verfügung von den nur mittelbar wirkenden Rechtsgeschäften für brauchbar befunden werden kann, besser zu vermeiden.

nächster Zweck ist Verminderung des einen und Vermehrung des anderen Vermögens. Weder gegen den Vertragsgegner, noch gegen sonst einen Dritten erzeugen sie Ansprüche, sie wirken schlechthin dinglich.

b) Die abstrakten Verträge des Obligationenrechtes. Von ihnen nähern sich Abtretung und Schuldübernahme[1]), Erlass und negatives Schuldanerkenntnis am meisten den Verfügungen auf dem Gebiete des Sachenrechts. Bei ersteren ist dies insofern der Fall, als sie den ausgeprägten Charakter eines Zuwendungsgeschäftes haben, bei letzteren insofern, als sie sowohl den Charakter von Zuwendungsgeschäften besitzen, als auch keinerlei Ansprüche aus sich erzeugen und in diesem Sinne dinglich wirken. Aber auch Schuldversprechen und positives Schuldanerkenntnis sind Verfügungen. Sie bringen zwar Ansprüche hervor, aber sie sind, losgelöst von ihrem Bestimmungsgrunde, wirksam. Insofern wirken auch sie unmittelbar auf die Substanz eines Rechtes ein, nämlich durch eine Aenderung des Inhalts des zu Grunde liegenden obligatorischen Schuldverhältnisses und stellen sich als Zuwendungsgeschäft dar[2]).

4. Verfügung bedeutet, da sie sich als Zuwendungsgeschäft[3]) charakterisiert, für denjenigen, der sie trifft, niemals einen Gewinn[4]). Daher ist kein Erwerbsgeschäft Verfügung[5]).

---

[1]) Reichsgericht Bd. 38 S. 309 nennt die Cession geradezu eine Sachleistung.

[2]) Bezüglich des Schuldanerkenntnisses vgl. § 812 Abs. 2, bezüglich des Schuldversprechens Ebert bei Fischer-Henle 5. Aufl. Anm. 4 zu § 780, wodurch Verweisung auf § 812 Abs. 2 ebenfalls für dasselbe der Charakter eines Zuwendungsgeschäftes angenommen wird. Crome Bd. I S. 327 n 22 benennt Erlass und Schuldversprechen als Rechtsgeschäfte, die unmittelbar Vermögenswerte aus dem Vermögen des einen in das des anderen hineinsetzen.

[3]) Deshalb sind Realschenkung und Zuwendung Verfügungen. Das Gesetz selbst gebraucht die Ausdrücke unentgeltliche Zuwendung und unentgeltliche Verfügung promiscue z. B. §§ 330, 516, 2205, 2375 u. a.

[4]) Hierin liegt der Grund der Verfügungsbeschränkungen.

[5]) Cosack, S. 153; Zitelmann, S. 47; Matthias, Bd. I S. 260

Verfügung heisst vielmehr eine Minderung im Rechte des Verfügenden[1]). Insbesondere sind daher alle Beschwerungen eines Rechtes Verfügungen, z. B. Ausschliessung des Kündigungsrechtes, Erhöhung des Zinssatzes, Aufhebung oder Minderung einer Sicherheit, Entlassung eines Trennstückes aus der Pfandhaft[2]), Annahme einer geschuldeten Leistung[3]) u. s. w. Regelmässig bringt sie, soweit sie auf abstraktem Vertrage beruht, dem anderen Teil einen Vorteil. Daher finden auf sie vornehmlich die Vorschriften des B. G.-B. über ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung (§§ 812, 816).

Bei dem Vergleich verfügen zwei Personen gleichzeitig. Infolgedessen tritt eine Abschwächung des Rechtes beider ein, vgl. den Ausdruck des § 779 „im Wege gegenseitigen Nachgebens".

§ 11.
Fortsetzung.

Verfügungen wirken unmittelbar. Der Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit ist aber verschieden.

Bei einseitigen Verfügungen bestimmt er sich darnach, ob die einseitige Verfügung empfangsbedürftig ist wie die Aufrechnung oder ob sie durch sich selbst wirkt, wie die Aufgabe des Eigentums an beweglichen Sachen. Im ersten Falle wirkt sie mit dem Augenblick, wo sie an den Adressaten gelangt, im zweiten Falle schon durch ihre Erklärung.

Bei denjenigen Verfügungen, denen ein abstrakter Vertrag zu Grunde liegt, ist der Moment der Wirksamkeit ein anderer, wenn es sich handelt um Verfügungen über köperliche Sachen,

---

Crome, Bd. I S. 326; A. M. Leonhard, S. 254, 263, nach dessen Ansicht Erwerbsakte eine Erweiterung des eigenen Herrschaftskreises verfügen.

Dies kann jedoch nicht als zutreffend anerkannt werden, da von einer Verfügung nur solche Gegenstände getroffen werden können, welche bereits dem Herrschaftskreise des Verfügenden unterworfen sind (vgl. oben § 9). Leonhard hält Kündigung, Mahnung und Stundung für Erwerbsgeschäfte.

[1]) Eccius, Deutsche Juristenzeitung S. 63; Matthias, Bd. I S. 229.

[2]) Denkschrift zum Entwurfe eines B. G.-B. S. 227 zu § 1189 B. G.-B.

[3]) Fischer-Henle, 5. Aufl. Anm. 4 zu § 362.

ein anderer, wenn es sich um Verfügungen über Forderungen oder sonstige Vermögensrechte handelt. Grundsätzlich bedarf es zur Wirksamkeit einer Verfügung über eine körperliche Sache des Hinzutritts eines äusseren realen Momentes, bei Verfügungen über Forderungen dagegen nicht, bei Verfügungen über sonstige Vermögensrechte ist zu unterscheiden.

Jene äusseren Umstände, die zur Vollziehung einer Verfügung über körperliche Sachen hinzukommen müssen, sind bei beweglichen Sachen die Uebergabe, bei Grundstücken die Eintragung im Grundbuche. Der dingliche Vertrag an sich ist ohne Rechtswirkungen[1]). Nur das Zusammenwirken von Einigung und Uebergabe bezw. Eintragung schafft die Rechtsänderung. Dieser Grundsatz ist für das Liegenschaftsrecht in § 873, für das Fahrnisrecht in §§ 929, 1032, 1205 ausgesprochen.

Bezüglich der Verfügung über Forderungen gilt das Gegenteil. Hier bewirkt regelmässig die blosse Willenseinigung die Rechtsänderung.

Ausnahmen kommen für beide Kategorieen vor. So wird einerseits ohne begleitende äussere Umstände Eigentum an körperlichen beweglichen Sachen durch traditio brevi manu § 929 S 2, durch constitutum possessorium § 930, durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache übertragen, so sind andererseits Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis an eine bestimmte Form gebunden.

Unter sonstigen Vermögensrechten, über die mittelst abstrakter Verträge verfügt werden kann, sind hier Anteile an gemeinschaftlichem Vermögen und einzelnen Gegenständen zu

---

[1]) Eccius, Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 95; Kammergericht Bd. II S. 150: Da als Verfügung im Sinne des § 185 B. G.-B. nur diejenige Rechtshandlung erscheint, durch welche die Rechtsänderung unmittelbar bewirkt wird, so ist im Grundbuchverkehr für die Regelfälle, in denen die Rechtsänderung durch Einigung und Eintragung erfolgt, nur diejenige Bewilligung, zu welcher auch die Eintragung hinzugekommen, die Verfügung im Sinne des § 185;

ferner Protokolle Bd. III S. 56: Vom Standpunkt des B. G.-B. könne es keinem Zweifel unterliegen, dass die Rechtsänderung erst mit der vollendeten Eintragung eintrete.

verstehen[1]). Das B. G.-B. spricht von Verfügung über Anteile in §§ 719 (am Gesellschaftsvermögen), 747 (an dem gemeinschaftlichen Gegenstande bei einer gewöhnlichen Gemeinschaft), 1442, 1519, 1549 (an ehelichem Gesamtgut; vgl. auch 1471 Abs. 2) und 2033 (am Nachlasse). In §§ 747 und 2033 ist der Teilhaber zur Verfügung über seinen Anteil berechtigt, in den andern Fällen nicht. Dieser Unterschied gründet sich nicht auf eine von dem Gesetzgeber nach seinem subjektiven Ermessen getroffene Regelung der Verfügungsbefugnisse Anteilsberechtigter, sondern hat in objektiven Umständen seinen Grund. Er beruht, soweit er § 747 im Gegensatz zu den anderen zitierten Stellen betrifft, auf der prinzipiell verschiedenen Gestaltung der Gemeinschaftsverhältnisse im B. G. B. — soweit er § 2033 anlangt, auf einer aus praktischen Gründen zugelassenen Ausnahme.

Die Gemeinschaft, welche in §§ 747 ff. behandelt wird, ist die gewöhnliche, dem römischen Recht entsprechende Gemeinschaft. Gesellschaft, Gütergemeinschaft (allgemeine, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft) und Erbengemeinschaft sind dagegen auf Grund deutschrechtlicher Anschauung gebildete Gemeinschaftsverhältnisse. Bei ersterer, der sogenannten Gemeinschaft nach Bruchteilen, steht jedem Teilhaber ein von vornherein ziffernmässig bestimmter Anteil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande zu. Bei letzteren dagegen, den sogenannten Gemeinschaften zur gesamten Hand, hat der Gemeinschaftsgenosse weder an den einzelnen Gegenständen des Gemeinschaftsvermögens, noch an dem Gemeinschaftsvermögen als Ganzen ein nach genau begrenzten oder auch nur begrenzbaren Quoten gebildetes Anteilsrecht[2]). Während infolgedessen bei Auflösung der gewöhnlichen Gemeinschaft eine einfache „Teilung“ (§ 752) statthat, benötigt die Auflösung einer Gemeinschaft zur gesamten Hand eine

---

[1]) Auch die C.-P.-O. 8. Buch 2. Abschn. 1. Tit II und III kennt die Einteilung der Rechtsgüter in körperliche Sachen, Forderungen und sonstige Vermögensrechte und rechnet zu letzteren die Anteile an Gemeinschaftsvermögen z. B. § 859 C.-P.-O.

[2]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.-G.-B. 6. und 7. Aufl. Anm. 12 im Exkurse zu § 122 H.-G.-B.

weit schwierigere „Auseinandersetzung“ (§§ 730, 1474 ff., 1546 Abs. 2, 1549, 2042 ff).

Bei ersterer, die einen rein vermögensrechtlichen Charakter trägt, stellt sich also der Anteil an der Gemeinschaft als ein Inbegriff selbständiger Vermögensrechte dar, bei letzterer hingegen, wo ein persönliches, den einzelnen der Gesamtheit der Genossen unterordnendes Verhältnis zu der vermögensrechtlichen Seite der Gemeinschaft hinzutritt, als ein Mitgliedschaftsrecht an einem durch die Zwecke der Gemeinschaft gebundenen Vermögen. Infolgedessen kann der Anteil an einer Gemeinschaft nach Bruchteilen als Inbegriff bestimmter Vermögensobjekte zum Gegenstand von Verfügungen gemacht werden. Der Teilhaber kann, wie bei jedem Inbegriff über die zu demselben gehörenden Gegenstände durch eine Reihe von Einzelakten verfügen. Je nachdem es sich hierbei um körperliche Sachen oder um Forderungen handelt, bedarf es teils ausser der Einigung noch einer Uebergabe bezw. Eintragung, teils genügt die blosse Willenseinigung.

Der Anteil an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ist dagegen mit Rücksicht auf seine dingliche Gebundenheit und das gesamte Verhältnis der Genossen zu einander der Verfügung entzogen. Dieser Grundsatz wird durch die Vorschrift des § 2033 durchbrochen. Die Gründe, aus denen diese Ausnahmebestimmung für den Miterben geschaffen worden, sind in den Protokollen Band V S. 837 folgendermassen dargelegt:

> Die Gemeinschaft sei hier nicht wie bei der Gesellschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft auf die Dauer bestimmt, sondern vorübergehend und keine so enge wie bei der Ehe. Gegen das Eindringen eines unwillkommenen Genossen biete das Vorkaufsrecht eine Abwehr. Die Zulässigkeit der Uebertragung ermögliche dem einzelnen Miterben eine Verwertung seines Anteils und mildere somit die Härten der Erbengemeinschaft. Es müssten daher des praktischen Bedürfnisses wegen die juristischen Schwierigkeiten überwunden . . . werden.

Hier ergreift die Verfügung ein einzelnes Recht, das Mitgliedschaftsrecht des Miterben am Nachlasse. Zur Vollziehung derselben reicht mithin ein Einheitsakt aus. Es genügt wie

bei einer Verfügung über Forderungsrechte der abstrakte Vertrag und zwar in gerichtlich oder notariell beurkundeter Form[1]).

D. Nichtverfügungen.

§ 12.

1. Alle Rechtsgeschäfte, welche die in den §§ 8—11 der Abhandlung dargestellten Eigenschaften nicht aufweisen, sind Nichtverfügungen[2]).

Es giebt Rechtsgeschäfte, die eine starke Aehnlichkeit mit den Verfügungen zeigen, aber als solche nicht gelten dürfen. So die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe eines Grundstücks, Ueberlassung der Ausübung des Niessbrauchs oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, Erfüllunsübernahme u.s.w. — erstere ist keine Verfügung über das Grundstück, weil sie kein Eigentum, die zweite eine Nichtverfügung, weil sie keinen Niessbrauch überträgt, Erfüllungsübernahme bewirkt keine endgiltige Aenderung des bestehenden Schuldverhältnisses (§318 Entwurf I) u s.w. Hierhin gehört ferner die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen eines auf dem Grundstück eingetragenen Rechtes. Sie ist zwar ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar durch Schaffung einer einschneidenden Beitreibungsmassregel eine erhebliche Verstärkung der Belastung des Grundstückes hervorruft, jedoch nicht eine neue Belastung im Sinne des B. G.-B. Sie trifft durch die Erleichterung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nur die prozessuale Seite des Rechtes, ändert aber nicht den materiellen Inhalt desselben[3]).

[1]) Cosack, Bd. II S. 747; Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II S. 545; Planck zu § 2033; Enneccerus-Lehmann, Bd. II S. 517; Strohal a. a. O. S. 343; Neumann a a O. zu § 2033; A. M. Wendt a. a. O. S. 437. Die Praxis steht auf dem oben vertretenen Standpunkt vgl. Beschluss des Landgerichts Breslau vom 27. April 1901, mitgeteilt in der Zeitschrift der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau 1901 S 50.

[2]) Die Bezeichnung „Nichtverfügung" stammt von Cosack a. a. O. Bd. I S. 153.

[3]) Planck zu § 1812. A. M. das Kammergericht bei Johow Bd. II S. 19 ff. Dasselbe geht m. E. zu weit, wenn es aus Zweckmässigkeits-

Insbesondere ist die Prozessführung keine rechtsgeschäftliche Verfügung[1]). Sie ist es weder auf Seiten des Klägers, noch auf Seiten des Beklagten. Mit ihr wird nicht eine Aenderung des Rechtes angestrebt. Sie ist vielmehr „sichtbar ein auf die Erhaltung des Rechts gerichteter Akt, mithin ein Verwaltungsakt". (Motive Band I S. 129.) Der Gesetzestext selbst giebt zu erkennen, dass die Prozessbefugnis ein Bestandteil der Verwaltungsmacht und keine Verfügung in dem von ihm gewollten Sinne ist. § 1443 lautet nämlich:

> Das Gesamtgut unterliegt der Verwaltung des Mannes. Der Mann ist insbesondere berechtigt, die zu dem Gesamtgute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen, über das Gesamtgut zu verfügen, sowie Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen zu führen.
>
> Die Frau wird durch die Verwaltungshandlungen des Mannes weder Dritten noch dem Manne gegenüber persönlich verpflichtet.

Eine Partei vermag durch die Art und Weise, wie sie den Prozess betreibt, auf den Inhalt des künftigen Urteils einen Einfluss zu üben und das Erkenntnis kann eine Aenderung der bestehenden Rechtslage herbeiführen. Eine solche Aenderung ist jedoch immer nur aus einer mittelbaren Einwirkung auf das streitige Recht hervorgegangen. Eine unmittelbare zivilrechtliche Wirkung tritt zwar durch die Klage ein, indem sie Verjährung und Ersitzung unterbricht (§§ 209, 941 B. G.-B.). Diese Wirkung lässt jedoch, abgesehen davon, dass sie nur bei denjenigen Leistungsklagen von Bestand ist, welche

gründen, nämlich weil es sich in dem seiner Entscheidung unterbreiteten Falle um eine das Wohl eines Mündels betreffende Massregel handelt, eine scharfe Scheidung der prozessualen Seite der Belastung von der materiellen für unzulässig hält (S. 23).

[1]) In der Litteratur allgemein anerkannt; am eingehendsten und zwar im Anschluss an § 1380 behandelt diese Frage Binder, „Prozessführung und Verfügungsmacht" in den Beiträgen zur Auslegung des B. G.-B. 2. Heft S. 103 ff. (Leipzig 1902).

Erfolg haben, die Substanz des streitigen Rechtes unberührt und ist von dem Willen des Klägers unabhängig, also kein Rechtsgeschäft[1])[2]).

Da die Führung eines Rechtsstreits zu den Nichtverfügungen gehört, so ist derjenige, dem das Gesetz die Verfügung über ein Recht verbietet, an der Geltendmachung desselben im Wege des Prozesses nicht gehindert, z. B. der Ehemann, der Vormund, ferner derjenige, der in seiner Verfügungsbefugnis über einen Gegenstand durch das Veräusserungsverbot des § 135 B. G.-B. beschränkt ist. Wo das Gesetz die Gebundenheit eines in der Verfügung Beschränkten auch hinsichtlich der Befugnis zur Prozessführung beabsichtigt, findet es seinen besonderen Ausdruck z. B. in §§ 1407, 2212.

2. Die wichtigste Nichtverfügung ist das Verpflichtungsgeschäft, insbesondere der obligatorische Vertrag. Eine Ausnahme unter den obligatorischen Verträgen bilden die abstrakten Verträge des Obligationenrechtes, namentlich Abtretung (vgl. §§ 402, 403), Schuldübernahme, Schuldversprechen und positives Schuldanerkenntnis. Das Gesetz selbst scheidet ausdrücklich die Verfügung von der Eingehung der Verpflichtung (Verbindlichkeit) zu einer Verfügung §§ 314, 1444, 1445, 1812, 1819, 1821 Z. 3, 2206 u. a.

Gemeinsam ist dem obligatorischen Vertrage mit der Verfügung nur soviel, dass auch er — was bei der Verfügung ausnahmslos der Fall ist — regelmässig kein Erwerbsgeschäft ist. Wer sich verpflichtet, erwirbt nicht. Nur der andere Teil erwirbt — bei Verfügungen durch abstrakten Vertrag der Ver-

[1]) Dass auch das B. G.-B. die Prozessführung als Rechtsgeschäft nicht ansieht, ergiebt sich daraus, dass es dieselbe nicht dem in den §§ 1375 bis 1379 aufgestellten Begriffe des Rechtsgeschäfts unterordnet, sondern in § 1380 die Befugnis zur Prozessführung selbständig regelt.

[2]) Binder a. a. O. S. 113 weist darauf hin, dass im römischen Formularprozess, die Litiskontestation im Gegensatz zur Klageerhebung unseres Civilprozesses insofern eine Verfügung im Sinne des B. G.-B vorstellt, als durch sie das Recht des Klägers unterging und an seine Stelle das condemnari oportere trat.

tragsgegner des Verfügenden, beim Verpflichtungsgeschäft derjenige, der sich versprechen lässt. Im übrigen ist das obligatorische Geschäft durchweg das Gegenstück zu der in den vorhergehenden Paragraphen dargelegten Eigenart der rechtsgeschäftlichen Verfügung.

So ist das Gebiet des obligatorischen Vertrages ein weiteres, indem er nicht lediglich auf rein vermögensrechtliche Geschäfte beschränkt ist, sondern im Gegensatz zur Verfügung auch bei solchen Rechtsgeschäften, die neben ihrem vermögensrechtlichen Charakter ein personenrechtliches Gepräge tragen, Raum hat, vgl. Auftrag, Dienstvertrag. Zur rechtsgiltigen Eingehung von Verbindlichkeiten bedarf es ferner keiner besonderen Verfügungsmacht. Jeder Geschäftsfähige kann sich wirksam verpflichten, eine ihm nicht gehörige Sache oder ein ihm nicht zustehendes Recht zu veräussern oder zu belasten. Hiernach gilt dies insbesondere auch, soweit nicht ausdrückliche Gesetzesbestimmungen entgegenstehen, von verfügungsbeschränkten Personen. Der Erbe z. B., neben dem ein Testamentsvollstrecker zur Verwaltung des Nachlasses ernannt ist, kann über die dieser Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände nicht verfügen (§ 2211); der obligatorische Vertrag dagegen, den er zur Vornahme einer Verfügung über diese Gegenstände schliesst, ist giltig. Zum Wesen des obligatorischen Geschäftes gehört schliesslich nicht, dass es auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse einwirkt. Verpflichtungsgeschäfte sind im Gegenteil fast immer auf Begründung neuer Rechte gerichtet, was von den Verfügungen, insbesondere soweit sie den Rechtskreis des Verfügenden betreffen, in weit geringerem Masse gilt.

Der Hauptunterschied zwischen Verfügung und obligatorischem Rechtsgeschäft tritt aber in der Art ihrer Wirkung zu Tage. Im Gegensatz zur Verfügung, dem abstrakten Vertrage wie den meisten einseitigen Rechtsgeschäften, ist der obligatorische Vertrag nur mittelbar auf Entstehung, Aenderung und Untergang von Rechten gerichtet.

a) Besteht die Verfügung in der Vornahme eines sachenrechtlichen Geschäftes, so verhält sich der obligatorische Vertrag zur Verfügung wie das rechtliche Motiv zur

Leistung. Ersterer enthält das Kausalgeschäft, den Rechtsgrund, letztere ist das von seinem Bestimmungsgrunde losgelöste, selbständige Vollzugsgeschäft. Das verpflichtende Rechtsgeschäft ist die Vorbereitung zur Verfügung, die Verfügung das Ziel des Verpflichtungsgeschäftes, so dass oft eine Nichtverfügung schliesslich in eine Verfügung ausläuft. Beispielsweise ist das Versprechen eines Darlehns keine Verfügung, die tatsächliche Hingabe der zugesagten Darlehnssumme aber Verfügung. (Beispiel von Cosack a. a. O. S. 153).

b) Liegt der Verfügung ein abstrakter Vertrag des Obligationenrechts zu Grunde, so gilt für Abtretung und Schuldübernahme bez. des Verhältnisses des obligatorischen zum abstrakten Vertrage das zu a) Gesagte. Von Schuldversprechen und positivem Schuldanerkenntnis unterscheidet sich der obligatorische Vertrag dadurch, dass sein Zweck stets die Begründung neuer Schuldverhältnisse, Zweck jener dagegen Aenderung eines bereits — wenn auch latent — vorhandenen Schuldverhältnisses ist. Erlass und negativem Schuldverhältnis gegenüber liegt das unterscheidende Merkmal für den obligatorischen Vertrag darin, dass er Schuldverhältnisse begründet, jene dagegen sie lösen.

Einzelne Schriftsteller rechnen trotzdem das Verpflichtungsgeschäft zu den Verfügungen. So vertritt Leonhard[1]) die Ansicht, dass auch das blosse Versprechen einer Verfügung eine Verfügung über das Vermögen ist. Er giebt jedoch gleichzeitig zu, dass das Gesetz das Wort in der Regel in einem anderen Sinne verwendet. Ferner lehrt Zitelmann[2]), dass derjenige, welcher sich verpflichtet, dadurch verfügt, dass er sein Vermögen haftbar macht. Auch Wendt[3]) hält das obligatorische Rechtsgeschäft für Verfügung im Sinne des B. G.-B. Er begründet seine Ansicht mit einem Hinweis darauf, dass Veräusserung unbestrittenermassen eine Verfügung

[1]) A. a. O. S. 254.
[2]) A. a. O. S. 48.
[3]) A. a. O. S. 433.

ist, der Kauf in § 571 ausdrücklich als Veräusserung bezeichnet wird und nach § 445 die Vorschriften der §§ 433 bis 444 über die Pflichten des Verkäufers auf andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung finden. Diese Ansicht ist nach obigen Darlegungen nicht gerechtfertigt. Insbesondere ist die Bezugnahme Wendt's auf die Bestimmungen der §§ 445, 571 nicht beweiskräftig. § 445 lässt nicht auf die Veräusserung als das abstrakte Rechtsgeschäft, durch welches das Eigentum unmittelbar übertragen wird, die Vorschriften über den Kaufvertrag in dem bezeichneten Umfange zur Anwendung gelangen, sondern auf obligatorische Verträge, die, wie der Kauf, auf Veräusserung gegen Entgelt gerichtet sind. In § 571 ist mit dem Wort Veräusserung gleichfalls nicht das obligatorische Kaufgeschäft, sondern das abstrakte Vollzugsgeschäft gemeint. Erst mit diesem treten die in § 571 vorgesehenen Rechtswirkungen ein. Ebensowenig lässt sich daraus, dass der obligatorische Verkauf einer Sache, die einem gesetzlichen Veräusserungsverbot unterliegt, nichtig ist, der Verfügungscharakter des Kaufes herleiten. Die Nichtigkeit eines solchen Kaufes beruht nicht sowohl auf § 135 als vielmehr auf § 306; denn er ist ein Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung, nämlich eine nichtige Veräusserung, gerichtet ist.

Das B. G.-B. scheidet somit die Rechtsgeschäfte in zwei Lager: in die verpflichtenden Rechtsgeschäfte und in Verfügungen. Der Gegensatz beider zieht sich durch das ganze Gesetzbuch. Mit Recht sagt daher Endemann[1]), dass der Rechtsaufbau des B. G.-B. von dem Gegensatz beider beherrscht wird.

---

1) Bd. I S. 284.

Thesen.

1. Den Vorausverfügungen des Vermieters über den Mietzins nach § 573 B. G.-B. sind Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, gleichzustellen.

2. Bei successiv zu erfüllenden Kaufgeschäften kann der Käufer wegen einer einzelnen mangelhaften Lieferung, durch welche der Verkäufer schuldhaft den Zweck des Kaufvertrages gefährdet, von dem Vertrage zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen.

3. Begründet der Inhalt einer Druckschrift den Tatbestand mehrerer strafbarer Handlungen, so finden auf diese die Grundsätze über Idealkonkurrenz Anwendung.

4. Im Disziplinarverfahren gegen einen nicht richterlichen, preussischen Beamten ist die Nachprüfung der im ordentlichen Strafverfahren bejahten Schuldfrage unzulässig.

Lebenslauf.

Am 13. März 1876 wurde ich in Klein-Sarne, Kreis Falkenberg O.-S. geboren. Mein Vater ist der Molkereibesitzer Wilhelm Schulz, jetzt in Löwen i. Schl. wohnhaft, meine Mutter ist seit dem Jahre 1887 tot. Den ersten Schulunterricht genoss ich in der Dorfschule in Sarne, später in der Volksschule und einer höheren Privatschule in Löwen. Ostern 1890 trat ich in die Quarta des Königlichen Gymnasiums in Brieg ein und verliess diese Anstalt Ostern 1897 mit dem Zeugnis der Reife. Ich studierte hierauf an den Universitäten Göttingen, Berlin und Breslau. Am 11. Juni 1900 bestand ich die erste juristische Prüfung in Breslau, zwei Wochen später das Rigorosum. Als Referendar wurde ich zunächst dem Amtsgericht in Löwen überwiesen, wo ich am 21. Juni 1900 vereidigt wurde, dann an das Landgericht in Brieg versetzt und bin jetzt bei der Königlichen Staatsanwaltschaft in Breslau beschäftigt. Die Station bei dem Amtsgericht wurde durch mein militärisches Dienstjahr unterbrochen, das ich vom 1. Oktober 1900 bis 30. September 1901 bei dem 4. Schlesischen Infanterie-Regiment No. 157 ableistete.

Meine Lehrer in der Rechtswissenschaft waren die Herren:

André, Beling, Brie, Brunner, v. Cuny (†), Dahn, Dernburg, Fischer, Gierke, Jörs, Kohler, Leonhard, Merkel, Regelsberger, Schott, Seckel, Zeumer;

in der Nationalökonomie:

Reinhold, Schmoller, Wagner, v. Wenckstern, Wolff.

Die Anregung zu vorliegender Arbeit gab mir Herr Professor Dr. Jörs, dem ich deshalb zu besonderem Dank verpflichtet bin.